

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TAINÁ FERREIRA E FERREIRA

**POR UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO:**  
**Possibilidades de diálogo entre Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli**

BELÉM-PA

2024

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD  
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará  
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

---

F383u FERREIRA, TAINÁ.  
POR UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO : Possibilidades  
de diálogo entre Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli / TAINÁ  
FERREIRA. — 2024.  
229 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Ana Cláudia Pinho  
Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de  
Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém,  
2024.

1. Garantismo Penal. 2. Criminologia Crítica. 3. Brasil. 4.  
Sistema Penal. I. Título.

CDD 341.50981

---

TAINÁ FERREIRA E FERREIRA

**POR UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO:**

**Possibilidades de diálogo entre Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli**

Tese apresentada à banca examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como exigência para obtenção do título de Doutora, na área de concentração em Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho

BELÉM-PA

2024

TAINÁ FERREIRA E FERREIRA

**POR UM DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO:**

**Possibilidades de diálogo entre Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli**

Tese apresentada à banca examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como exigência para obtenção do título de Doutora, na área de concentração em Direitos Humanos.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho (Orientadora)

Membro PPGD/ICJ/UFPA

---

Prof Dr. Marcus Alan de Melo Gomes

Membro PPGD/ICJ/UFPA

---

Prof Dra. Verena Holanda de Mendonça Alves

Membro PPGD/ICJ/UFPA

---

Prof Dr. Salo de Carvalho

Membro externo PPGD/UFRJ

---

Prof Dra Marilia Montenegro Pessoa de Mello

Membro externo UNICAP

BELÉM-PA

2024

## AGRADECIMENTOS

Terminar o doutorado não é apenas o encerramento de um ciclo acadêmico, mas é a realização de um sonho que vem sendo construído com várias mãos ao longo de muitos anos. Todos sabem que na realidade qualquer trajetória que envolva pesquisa e ensino é quase uma jornada sem fim, por vezes cansativa, mas sempre prazerosa quando os resultados chegam.

Meu primeiro agradecimento não poderia ser diferente, a Deus e à Nossa Senhora de Nazaré, que sempre abriram meus caminhos e me protegeram. Das muitas promessas feitas, essa é mais uma graça que alcanço com Nazinha ao meu lado e dedico cada página escrita à mãezinha dos paraenses, que sempre me escutou em todos os momentos.

Aos meus pais, que são fortaleza, que jamais mediram esforços para me ajudar a trilhar meus sonhos. Por mais corrido e cansativo que seja, eles sempre estiveram ali com uma palavra de incentivo, com todo o apoio possível (e impossível), e a quem quero dar todo o orgulho de poder dizer que a filha tem doutorado. São eles que me fizeram acreditar que os estudos fazem, sim, toda a diferença na vida e a eles eu dedico toda e qualquer conquista.

Agradeço muito à minha incrível orientadora, professora Ana Cláudia, de quem eu já ouvia falar desde a graduação, tive o privilégio de conhecer no estágio e a honra de ter como orientadora nessa tese. Simplesmente já é maravilhoso ser aluna de uma das maiores (se não a maior) referências do Brasil sobre o garantismo. Porém, além disso, quem tem o mínimo de convivência com a prof<sup>a</sup> sabe que ela é uma mulher gigante, inspiradora, um ser humano ímpar. Eu lhe digo de coração que o que aprendi durante esses anos vai muito além do que está escrito nessa pesquisa, levo para a vida com toda a gratidão.

Ao Lucas (que estou em dívida desde o mestrado, agora chegou o momento), que ajudou a plantar a ideia dessa pesquisa na minha cabeça e que tem me acompanhado, incentivado, me ouvido sobre literalmente qualquer coisa e a quem sou grata por ter surgido na minha vida e dela nunca mais ter saído. Que sorte a nossa ter começado a falar de séries desde aquela aula inaugural do PPGD oito anos atrás.

Ao Loki, que acompanhou minhas aulas online e que esteve sentado junto comigo em cada palavra escrita nessa tese. Não existe cachorrinho mais maravilhoso no mundo.

Aos meus amigos, de infância e de faculdade, que sempre me apoiam, torcem por mim e com quem eu sempre quero compartilhar as conquistas. Sou abençoada por ter pessoas tão incríveis me acompanhando mesmo nessa correria doida que é a vida. Também aos colegas de trabalho, aos juízes que estiveram na famosa Vara Criminal de Marituba e que sem dúvida colaboraram com a conclusão dessa fase.

Por fim, aos meus alunos. Os grupos de pesquisa que orientei durante o doutorado foram fundamentais para o desenvolvimento dessa ideia. Na verdade, uma das razões para essa pesquisa vem da sala de aula, fruto de nossas inquietações e discussões sobre como tornar um campo do direito tão duro de lidar em algo mais tolerável e democrático.

*Por esto el derecho es como lo pensamos, como lo interpretamos, lo aplicamos, lo teorizamos, lo proyectamos, lo defendemos lo transformamos: de manera que todos nosotros —i los juristas los primeros— cargamos, por cómo el derecho es, con la responsabilidad.*

*(Luigi Ferrajoli)*

## RESUMO

A presente pesquisa se debruça sobre a necessidade de discussão de estratégias de enfrentamento aos principais problemas do sistema penal brasileiro, tendo em vista que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, tem-se a manutenção de discursos panpenalistas. Tal questão será tratada a partir das perspectivas de dois grandes estudiosos críticos do funcionamento desse sistema: Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli. Assim, o problema de pesquisa foi o seguinte: Em que medida é possível estabelecer estratégias ao sistema penal brasileiro voltadas ao enfrentamento das tendências panpenalistas através de um diálogo entre o garantismo penal e a criminologia crítica de Alessandro Baratta? O objetivo foi de verificar como seria possível traçar esse diálogo entre dois campos teóricos epistemologicamente distintos, a fim de pautar eixos ou estratégias que busquem efetivar um direito penal democrático. A metodologia aplicada foi a pesquisa dedutiva, de cunho explicativo e qualitativo, a partir dos estudos bibliográfico de obras de autoria de Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, além da utilização de autores que se debruçam sobre o garantismo penal e a criminologia crítica. Como resultado da pesquisa, verificou-se que os pontos de convergência entre os autores são: a concepção de Direitos Humanos e de Estado Democrático de Direito. Assim, foi possível traçar estratégias de enfrentamento acerca dos seguintes temas: prisões cautelares; processo legislativo penal e execução penal.

**Palavras chave:** Garantismo Penal. Criminologia Crítica. Brasil. Sistema Penal.

## **ABSTRACT**

This research focuses on the current need to discuss strategies to combat the main problems of the Brazilian penal system, considering that, even after the Federal Constitution of 1988, panpenalist discourses are maintained. This issue will be addressed from the perspectives of two great scholars critical of the functioning of this system: Alessandro Baratta and Luigi Ferrajoli. Therefore, the research problem motivating this investigation consists of the following: To what extent is it possible to establish strategies for the Brazilian penal system that are aimed at confronting the panpenalist tendencies through a dialogue between criminal guaranteeism and Alessandro Baratta's critical criminology? The objective, then, was to verify how it would be possible to trace this dialogue between two epistemologically distinct theoretical fields, in order to guide axes or strategies that seek to implement democratic criminal law. The methodology applied was deductive research, of an explanatory and qualitative nature, based on bibliographical studies of works authored by Luigi Ferrajoli and Alessandro Baratta, in addition to the use of authors who focus on criminal guarantees and critical criminology. As a result, the research found that the points of convergence between the authors are: the conception of Human Rights and the Democratic Rule of Law. Thus, it was possible to outline combat strategies on the following topics: precautionary arrests; criminal legislative process and criminal execution.

**Keywords:** Criminal Guarantee. Critical Criminology. Brazil. Penal System.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1. “DOS DELITOS E DAS PENAS”: PRISÕES E ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO</b> .....	<b>20</b>
<b>1.1 O projeto de fomento ao cárcere</b> .....	<b>21</b>
1.1.1 A participação (anti)democrática em matéria penal .....	31
1.1.2 Aspectos de uma tradição jurídico penal brasileira .....	35
1.1.3 O projeto de Lei n. 882/2019 e sua trajetória legislativa.....	37
1.1.4 A realidade carcerária pós Lei 13.964/19 .....	43
<b>1.2 Estado de Coisas Inconstitucional do cárcere brasileiro e os efeitos do “combate ao crime”</b> .....	<b>47</b>
<b>2. PELO FIM DAS PRISÕES: UMA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA</b> .....	<b>51</b>
<b>2.1 O giro epistemológico na criminologia crítica</b> .....	<b>51</b>
2.1.1 Marxismo e a questão criminal: as tentativas de uma teoria materialista do delito .....	58
2.1.2 A epistemologia de Alessandro Baratta .....	64
2.1.3 Uma visita à crítica marxista ao direito penal .....	73
<b>2.2. Conceitos fundamentais em Alessandro Baratta</b> .....	<b>77</b>
2.2.1 Realidade social e violência .....	78
2.2.2 As influências abolicionistas .....	86
<b>2.3 A proposta da Política Criminal Alternativa</b> .....	<b>93</b>
<b>3. QUAL DIREITO PENAL MÍNIMO ESTAMOS FALANDO AGORA?</b> .....	<b>101</b>
<b>3.1 Como, quando e por que falar de Garantismo Penal?</b> .....	<b>101</b>
<b>3.2 A epistemologia garantista</b> .....	<b>113</b>
3.2.1 Os axiomas garantistas .....	121
3.2.2 Democracia de todos .....	125
3.2.3 A reserva de código .....	131
<b>3.3 Garantismo e direito penal mínimo: dois lados da mesma moeda?</b> .....	<b>134</b>
3.3.1 Minimalismos como meio e como fim: mito ou realidade?.....	140
<b>4. UMA VIA CRÍTICA POR UM GARANTISMO NO BRASIL</b> .....	<b>151</b>
<b>4.1 A prevalência dos modelos de maximização do Direito Penal no Brasil</b> .....	<b>151</b>
<b>4.2 A colaboração teórica para o grande encarceramento</b> .....	<b>162</b>
<b>4.3 Breves notas sobre política criminal</b> .....	<b>166</b>
<b>4.4 Fragilidades garantistas e criminológicas</b> .....	<b>170</b>

<b>4.5</b>	<b>Diálogos entre a Criminologia Crítica e o Garantismo em prol do Estado Democrático brasileiro: Uma agenda positiva pelo desencarceramento a partir de uma crítica criminológica e garantista.....</b>	<b>173</b>
<b>4.6</b>	<b>Os Direitos Humanos como ponto central .....</b>	<b>180</b>
<b>4.7</b>	<b>O nó do sistema carcerário brasileiro: as prisões preventivas.....</b>	<b>184</b>
4.7.1	O conflito com a presunção de inocência .....	184
4.7.2	Direito penal do fato.....	187
4.7.3	O preso preventivo e o Judiciário.....	190
<b>4.8</b>	<b>A criação e alteração de leis penais: O rigor no processo legislativo .....</b>	<b>192</b>
4.8.1	Garantias penais substanciais .....	192
4.8.2	O procedimento de alteração/criação de leis penais .....	195
4.8.3	A tutela de bens jurídicos pela via penal .....	198
<b>4.9</b>	<b>Os possíveis caminhos para a execução da pena no Brasil.....</b>	<b>202</b>
4.9.1	O preso como sujeito de direitos .....	202
4.9.2	Erradicação de critérios subjetivos na execução da pena .....	205
4.9.3	A quebra dos muros do cárcere .....	208
<b>4.10</b>	<b>A incansável busca por estratégias de resistência .....</b>	<b>210</b>
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>214</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>219</b>

## INTRODUÇÃO

Compreender o real sentido de uma democracia é algo mais complexo do que parece. Muitos a reduzem a um fator matemático, no qual os desejos de uma maioria devem ser atendidos, porém essa percepção se torna perigosa quando, por consequência, se tem a exclusão e a limitação de direitos de minorias historicamente vulnerabilizadas.

Quando se insere o sistema penal nessa temática, o assunto se torna ainda mais complicado. O significado de um direito penal democrático parece não muito claro nas muitas discussões que se debruçam sobre o tema nas mais diversas esferas (doutrina, jurisprudência e a própria academia).

Os países latino-americanos têm por décadas assistido uma utilização do sistema penal como mecanismo de manutenção de privilégios e como palco de mortes fomentadas de alguma maneira pelo próprio sistema. Segundo Zaffaroni (2001, p. 14) o argumento de que a condição violadora de direitos do direito penal latino-americano é transitória já não se sustenta.

Na verdade, um direito penal democrático é condição para um processo penal democrático e vice e versa. Portanto, o enfrentamento das violências causadas pelo sistema perpassa pelo fortalecimento desse contexto democrático e da busca de ferramentas que sejam aptas a se aproximar o máximo possível desse objetivo.

Segundo Fassin (2021, p. 15) há atualmente uma combinação de dois fenômenos, ambos diretamente ligados à ação pública, que produzem a atual conjuntura de crescimento carcerário. O primeiro é a extensão do âmbito de repressão, com a demanda de criminalização de novas condutas, e o segundo é a intensificação do regime de sanção, através do endurecimento das leis até em relação a condutas pouco danosas.

O autor afirma que a partir dos anos de 1970 e 1980 se acelera, em nível mundial, a progressão da população carcerária. Segundo o autor:

Proponho falar em momento punitivo. O termo <<momento>> se refere evidentemente a um período particular, ou mesmo a um <<espaço-tempo>>: o fenômeno que ele designa estende-se de fato por várias décadas e se desenvolve em todos os continentes, quase sem exceção (Fassin, 2021, p. 20)

Fassin (2021, p. 21) afirma que, a princípio, o crime era o problema; e o castigo, a solução. Com o momento punitivo, o castigo se transforma no problema, em razão do descomunal número de indivíduos que ele prende ou coloca sob vigilância, por causa do preço

que suas famílias e suas comunidades pagam, devido ao custo econômico e humano que ele gera à coletividade.

Nesse contexto, o castigo ,que supostamente deveria proteger a sociedade do crime, aparece, porém, cada vez mais como aquilo que a ameaça. O momento punitivo enuncia esse paradoxo (Fassin, 2021, p. 21-22). O castigo, portanto, precisa ser (re)pensando criticamente.

Tal caminho não subestima a desordem que o crime cria na sociedade, mas leva a questionar acerca do que é considerado infração e a razão pela qual algumas são toleradas e outras não. Dentro dessa realidade, chama a atenção como a opinião pública serve mais para justificar e encorajar o populismo penal do que para fazer progredir o projeto democrático (Fassin, 2021, p. 178). Ora:

Por fim, a teoria crítica do castigo não evita nem desqualifica a questão da passagem à ação, isto é, não abdica de uma postura normativa. Ela implica, todavia, que o questionamento do que normalmente é tomado como certo, a despeito até dos fatos mostrando o contrário, é uma condição indispensável a toda reflexão sobre o que deve e pode ser feito em termos de transformação de políticas e de práticas (Fassin, 2021, p. 179).

Ocorre que, enquanto a tendência de maximização do direito penal tem se mostrado constante na história da punição, teorias de cunho crítico (criminologias, abolicionismos e garantismo penal) ainda parecem restritas a discussões nos cursos de pós-graduação e com reflexos pontuais nas políticas criminais.

Há, porém, uma característica interessante na história de desenvolvimento da criminologia brasileira. Carvalho (2022, p. 224) afirma que desde os fundadores da criminologia nacional ocorre uma tentativa muito particular de, ao invés de separar, aproximar direito penal normativo (dogmática penal) e direito penal científico (criminologia). O autor destaca que o Código de 1940 selou essa união através da conciliação entre Roberto Lyra e Nelson Hungria, porém trouxe o problema de subordinação formal da criminologia ao direito penal.

Entende o autor que qualquer promessa de interdisciplinaridade no campo criminológico será enganosa se, em nome da autonomia, interditar a interação com o direito penal (Carvalho, 2022, p. 224). Nesse contexto, se a criminologia oferece o olhar sobre a dura realidade de aplicação do direito penal, hoje já não é cabível pensar em um planejamento político criminal sem esse campo de pesquisa.

Entretanto, diante das circunstâncias fáticas, Carvalho (2022, p. 535-535) traz a angustiante e pertinente indagação do “para onde vamos?”. Para o autor, a realidade concreta

é uma realidade na qual a política econômica ultraliberal existente no Brasil rompe com qualquer vínculo de solidariedade social e fortalece mecanismos de repressão.

Basta um breve olhar sobre o cenário brasileiro do sistema carcerário para verificar que, mesmo após a Constituição de 1988, há um terreno favorável para discursos de maximização do direito penal e crescimento da população carcerária, comprovado pelos dados anualmente disponibilizados pelos órgãos oficiais.

Trata-se de uma população, em geral, homogênea, cuja pena é aplicada ainda sob o discurso oficial de ressocializar o indivíduo ou evitar a prática de crimes, porém que acaba por servir de instrumento de invisibilização de grupo historicamente excluídos colocados à margem da sociedade. É essa população carcerária, portanto, colocada na condição de precariedade que comprova a necessidade de se estabelecer diretrizes para a discussão de uma agenda positiva e voltada ao desencarceramento, sem, claro, escapar dos obstáculos impostos para tal.

Dentre os diversos referenciais teóricos que, de alguma maneira, conseguem oferecer uma análise crítica ao sistema penal, dois foram selecionados como centrais nesta pesquisa: A criminologia crítica de Alessandro Baratta e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, autores cujas obras são de grande densidade para a compreensão do fenômeno criminal, porém que são tecidas a partir de perspectivas e epistemologias diferenciadas e que, por tal razão, não são usualmente colocados em conjunto para análise de problemas que vêm do sistema penal.

Sobre Baratta, Juez Cirino dos Santos (2011, p. 18), no prefácio do livro “Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal”, comenta que as teses de criminologia crítica podem fundamentar um programa de política criminal alternativa. Além disso, a percepção de Baratta é que, se o processo de criminalização é o mais poderoso mecanismo de reprodução das relações de desigualdade do capitalismo, a luta por uma sociedade democrática seria inseparável da luta pela superação do sistema penal - mas, paradoxalmente, também seria inseparável da defesa do direito penal.

Santos (2011, p. 20) sintetiza bem a ideia do criminólogo italiano ao afirmar que “A superação do direito desigual seria conduzida pela ideia central da utopia libertadora: de cada um segundo suas capacidades; a cada um segundo suas necessidades”. Andrade (2012, p. 58) afirma que Alessandro Baratta teve uma importância decisiva para o desenvolvimento da criminologia crítica européia, latino-americana e brasileira, sendo um protagonista do diálogo planetário não apenas entre criminólogos, mas entre penalistas e criminólogos críticos.

A opção pela abordagem de Alessandro Baratta se dá não apenas pelas relevantes contribuições ao desenvolvimento do campo crítico criminológico, mas também pela

preocupação do autor com a discussão de uma proposta de política criminal a partir dos principais pressupostos desvelados pela criminologia, que o leva a falar em direito penal mínimo. E é quando o minimalismo aparece que, automaticamente, se é conduzido a pensar em garantismo penal.

Pinho (2021, p. 23) esclarece que o termo garantismo ganha expressão com a obra magistral do professor italiano Luigi Ferrajoli, que na década de 1970 integrou um movimento intelectual na Itália como forma de reação a uma legislação penal de emergência que violou direitos e garantias sob a justificativa de “combate ao terrorismo”. O garantismo penal é colocado por Luigi Ferrajoli (2002, p. 33) como um modelo limite, amplamente ideal, que nunca foi realizado nem nunca será realizável.

Segundo Salo de Carvalho (2002, p. 19), a teoria do garantismo penal propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Assim, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, públicos ou privados.

Por ser uma teoria que impõe limites ao poder estatal, submete o direito ao direito, propõe um programa de contenção do poder punitivo, a começar pela minimização da intervenção penal, a fim de reduzir a margem discricionária do julgador. Portanto, firma-se num tipo de constitucionalismo rígido que prima pelos direitos fundamentais (Pinho; Sales; Albuquerque, 2019, p. 178).

A escolha do garantismo como referencial teórico desta pesquisa se justifica pela sua importância dentro da concepção de um Estado Democrático moldado por uma Constituição rígida, ou seja, pela sua coerência em uma realidade como a brasileira, objetivando um modelo de direito penal e processo penal que somente é legítimo ao atender os pressupostos construídos pelo autor.

Ocorre que há uma incompatibilidade epistemológica entre garantismo e a criminologia crítica, e é importante deixar claro que, desde já, essa pesquisa reconhece isso e não desconsidera tal situação. A criminologia é uma ciência do *ser*, portanto, extrai suas conclusões das experiências reais do sistema penal; o garantismo, pelo contrário, trabalha com o *dever ser*, estabelecendo parâmetros ideais para o funcionamento deste sistema.

Assim, as teorias supracitadas se colocam em posições distintas quanto à análise do sistema penal: enquanto pela ótica criminológica ele não deve ser legitimado, (o que vem de críticas derivadas também dos movimentos abolicionistas), o garantismo é uma teoria justificadora de sua existência.

Porém o que se pretende é analisar a possibilidade de aproximação, a partir de um possível diálogo (respeitando os limites teóricos) dentro da criminologia crítica de Alessandro Baratta e do garantismo penal de Luigi Ferrajoli com a finalidade de verificar a viabilidade de uma estratégia, de uma agenda positiva que inclua não apenas a garantia de dignidade das pessoas presas, mas que também reduza as prisões.

Na realidade brasileira, marcada por uma política criminal de emergência e de tendência panpenalista, é importante abrir espaço e fortalecer o garantismo de maneira séria, tendo como base os pressupostos traçados por Ferrajoli. Entretanto, o questionamento que aqui se coloca perpassa pela possibilidade de conseguir isso aproveitando-se do papel que criminologia crítica tem dentro dos estudos das ciências criminais. Assim, pretende-se destacar o protagonismo desses dois campos teóricos, como estratégia para lidar com os problemas brasileiros na seara penal.

Estabelecer as diretrizes de um programa político criminal voltado ao desencarceramento, portanto, implica na necessidade de diagnosticar os principais problemas que colaboram com a permanência do Estado de coisas Inconstitucional do cárcere brasileiro e analisar quais as estratégias que são mais eficazes e possíveis para a observância dos direitos fundamentais e, principalmente, para a redução das prisões.

Dessa maneira, considerando que os dois referenciais apontados apresentam propostas distintas, o questionamento colocado perpassa sobre a possibilidade desse diálogo em prol de um direcionamento concreto e com suporte teórico suficiente para minimizar as tendências maximalistas que têm sido predominantes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesses termos, coloca-se como problema central desta pesquisa o seguinte questionamento: Em que medida é possível estabelecer estratégias ao sistema penal brasileiro voltadas ao enfrentamento das tendências panpenalistas através de um diálogo entre o garantismo penal e a criminologia crítica de Alessandro Baratta?

O objetivo central da discussão é verificar como é possível estabelecer um diálogo entre o marco teórico do garantismo penal e a criminologia crítica de Alessandro Baratta para a definição de diretrizes para uma agenda positiva, voltada para a redução do encarceramento, pautada na efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o primeiro capítulo da tese tem como foco verificar as principais características de conformação do sistema penal brasileiro, levando em consideração as recentes alterações legislativas e seus impactos no cárcere para a compreensão da permanência de um estado de coisas inconstitucional.

No segundo capítulo será analisado o papel de Alessandro Baratta no estabelecimento da criminologia crítica, através de um estudo sobre a epistemologia adotada pelo autor e de como isso impactou na definição de uma proposta de política criminal chamada por ele de alternativa.

Já o terceiro capítulo será dedicado a compreender no que se constitui o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, por meio de análise da epistemologia adotada e da discussão acerca do conceito de Direito Penal Mínimo.

Por fim, no quarto capítulo será discutida a necessidade e a possibilidade de adoção de uma agenda positiva de viés garantista e criminológico, a partir do estabelecimento de eixos essenciais que tenham impacto direto no sistema penal brasileiro, servindo como meio de resistência ao crescimento de políticas panpenalistas.

A necessidade desta pesquisa encontra-se em algo que é destacado por Vera de Andrade (2012, p. 298), quando afirma que o impasse dos tempos atuais não é a escolha entre minimalismo e abolicionismo, mas a concorrência absolutamente desleal entre a totalizadora colonização do eficientismo e a aversão ao abolicionismo.

Enquanto criminólogos e garantistas travam debates que buscam apontar as lacunas entre as concepções teóricas, o território prático do funcionamento do sistema penal se mostra muito mais afinado com a panpenalização e os movimentos de endurecimento do sistema penal.

Não à toa, a última modificação legislativa penal mais completa que foi promulgada, a Lei 13.964/19, trouxe entre suas alterações: no Código Penal, o artigo 75, com o aumento do tempo de cumprimento de pena de trinta para quarenta anos; no Código de Processo Penal, a alínea “e”, inciso I do artigo 492, que determina a execução antecipada da pena para condenados no Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos e; na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), a mudança dos prazos, agora mais rigorosos, na progressão de regime, conforme artigo 112 da mesma lei.

Assim, considerando que ambas as análises teóricas aqui destacadas se voltam para análise do sistema penal e de seu papel dentro do Estado Democrático de Direito, procura-se compreender como estabelecer as diretrizes de uma agenda penal que possa trazer fundamentos contra movimentos de expansão do sistema penal, demonstrando a existência de uma necessidade social de discussão deste tema.

Dessa forma, avaliando o momento de fragilidade democrática vivenciado no Brasil, é interessante verificar como é possível promover o diálogo acadêmico que tenha potencial para

transpor esses muros e que possa se transformar em propostas capazes de fazer frente a esses movimentos de nocividade punitiva.

A relevância acadêmica do tema pode ser atestada em consulta ao site Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)<sup>1</sup>, no qual se constata a escassez de pesquisas que buscam travar um diálogo entre o garantismo penal e a criminologia, voltado para a elaboração de uma agenda positiva para o desencarceramento<sup>2</sup>.

No que tange aos aspectos metodológicos, segundo Severino (2014), o raciocínio divide-se em duas grandes formas: a dedução e a indução.

O raciocínio dedutivo é um raciocínio cujo antecedente é constituído de princípios universais plenamente inteligíveis. Assim, as afirmações do antecedente são universais, já previamente aceitas, e delas decorrerá, de maneira lógica e necessária, a conclusão (Severino, 2014). A indução, por sua vez, é uma forma de raciocínio em que o antecedente consiste, na verdade, em dados e fatos particulares; e o conseqüente, uma afirmação mais universal. Dessa forma, enquanto a dedução fica num plano meramente inteligível, a indução faz intervir também a experiência sensível e concreta (Severino, 2014).

Para Lakatos e Marconi (2003, p.86) o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam. Há três elementos fundamentais deste método: observação dos fenômenos; descoberta da relação entre eles; e generalização da relação. Vejamos:

---

<sup>1</sup> Pesquisa realizada em dezembro de 2021.

<sup>2</sup> Ao ser realizada a busca com os termos *garantismo e criminologia crítica* - com a aplicação do filtro de refinamento referente ao a) Tipo: *Doutorado (teses)*; b) Área Conhecimento: *Direito* - serão encontradas 765 resultados. Após a aplicação do recorte temporal de 2019 e 2020, tendo em vista ser o período que entrou em vigor a Lei 13.964/19 modificação mais recente e ampla no ordenamento jurídico penal, o resultado cai para 320 teses. Neste universo de pesquisas, foram encontradas 03 teses cujos temas se aproximam, ou possuem relação, com o proposto nesse projeto sendo elas: “Para Uma Crítica da Razão Fascista no Processo Penal Brasileiro” (2019) de autoria de Felipe Lazzari Da Silveira (PUC-RS), cujo objetivo foi “[...] estabelecer um diagnóstico demonstrando que racionalidade tecnicista-fascista arraigada no campo processual penal (na cultura e na legislação) é um fator decisivo para manter sua operacionalidade autoritária e a impedir a promulgação de um modelo de processo acusatório adequado aos princípios democráticos consagrados na Constituição da República de 1988 “.O segundo trabalho intitulado “A Tradição Jurídico-Penal Brasileira e o Garantismo De Luigi Ferrajoli: das tensões à busca hermenêutica por diálogos perdidos” (2019) de Jose Edvaldo Pereira Sales (UFPA), posteriormente publicada em 2021 sob o título Autoritarismo e Garantismo: Tensões na tradição brasileira. A obra trata de “[...] uma investigação sobre o que, na tradição jurídico-penal brasileira, tem provocado essas tensões, que possivelmente residem no caráter autoritário da tradição jurídico-penal brasileira, que se expressa, entre outros aspectos, sob três manifestações: a leitura invertida da Constituição, a verdade autoritária no processo penal e a democracia autoritária quanto ao direito penal”. O terceiro trabalho “Para uma crítica da razão fascista no Processo Penal brasileiro” (2019) de autoria de Felipe Lazzari Da Silveira (PUC-RS), também publicado em 2021 que se dedica a discutir as ideias autoritárias no campo da justiça penal.

Os dois tipos de argumentos têm finalidades diversas - o método dedutivo os argumentos têm o propósito de explicar o conteúdo das premissas; o indutivo tem o desígnio de ampliar o alcance dos conhecimentos. Analisando isso sob outro enfoque, diríamos que os argumentos dedutivos ou estão corretos ou incorretos, ou as premissas sustentam de modo completo a conclusão, ou, quando a forma é logicamente incorreta, não a sustentam de forma alguma; portanto, não há graduações intermediárias. Contrariamente, os argumentos indutivos admitem diferentes graus de força, dependendo da capacidade das premissas de sustentarem a conclusão. Resumindo, os argumentos indutivos aumentam o conteúdo das premissas de sustentarem a conclusão, com sacrifício da precisão, ao passo que os argumentos dedutivos sacrificam a ampliação do conteúdo para atingir a “certeza” (Lakatos; Marconi, 2003, p. 92).

Na presente pesquisa, considerando que a proposta é partir de um diálogo entre os dois campos teóricos já apresentados para verificar sua aplicação na composição de uma agenda positiva que se debruce sobre o cárcere e sua coerência com o Estado Democrático de Direito, será adotado o método dedutivo.

Em relação ao tipo de pesquisa ela pode ser: quantitativa, quando considera que tudo pode ser quantificável, o que significa traduzir em números opiniões e informações para classificá-las e analisá-las ou; qualitativa, que considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, ou seja, um vínculo indissociável entre o mundo objeto e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números (Prodanov; Freitas, 2013, p. 69-70).

Prodanov e Freitas (2013, p. 71) esclarecem que essas duas abordagens estão interligadas e complementam-se, havendo, em regra, a predominância de uma sobre a outra. Nesses termos, a presente pesquisa será majoritariamente qualitativa ao buscar a relação entre o fenômeno do encarceramento em massa com teorias minimalistas, sem deixar de lado o uso de dados colhidos em sites oficiais, como do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Pará (SEAP-PA).

A escolha das fontes de informação do DEPEN e da SEAP/PA se justifica por serem fornecidas por órgãos oficiais, de livre acesso e que permitem extrair o perfil do sistema carcerário brasileiro, especialmente antes e depois da modificação mais incisiva na legislação penal que ocorreu através da Lei 13.964/19.

Quanto aos objetivos, Prodanov e Freitas (2013, p. 51-52) afirmam que a pesquisa pode ser: exploratória, quando tem como finalidade proporcionar mais informações sobre o assunto investigado, possibilitando sua definição e seu delineamento; descritiva, quando o pesquisador apenas registra e descreve os fatos observados sem interferir neles; e explicativa, quando o pesquisador procura explicar os porquês das coisas e suas causas, por meio do registro, da análise, da classificação e da interpretação dos fenômenos observados.

A pesquisa enquadra-se, quanto aos seus objetivos, como explicativa, tendo em vista que procura explicar no campo teórico as divergências existentes entre a criminologia e o garantismo penal e como isso pode vir a enfraquecer a construção de uma política criminal voltada ao desencarceramento dentro de um ordenamento jurídico que historicamente tem raízes autoritárias.

Já no que se refere aos procedimentos técnicos, é importante esclarecer que refere-se à maneira pela qual os dados necessários podem ser obtidos para a elaboração da pesquisa. Assim, podem ser definidos dois grandes grupos de delineamentos: aqueles que se valem das chamadas fontes de papel (pesquisa bibliográfica e pesquisa documental) e aqueles cujos dados são fornecidos por pessoas (pesquisa experimental, pesquisa *ex post facto*, levantamento, estudo de caso, pesquisa-ação e a pesquisa participante) (Prodanov; Freitas, 2013, p. 54).

Considerando o próprio cunho teórico da presente pesquisa, que requer um aprofundamento nas obras de Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli, será adotado o procedimento de pesquisa bibliográfica, a partir do processo apresentado por Antonio Carlos Gil (2019).

Logo, será feita a leitura exploratória, cujo foco é verificar em que medida a obra interessa à pesquisa. Em seguida, a leitura seletiva, que seleciona partes do material que de fato vão impactar no problema estabelecido; e posteriormente a leitura analítica, com a finalidade de ordenar e resumir as informações contidas nas fontes para obter respostas ao problema de pesquisa. Por fim, faz-se a leitura interpretativa, que relaciona o que o autor afirma com o problema para qual se propõe uma solução (Gil, 2019, p. 54-55).

Conforme já foi apresentado supra, há um referencial teórico pré-estabelecido, que aborda os autores principais discutidos na pesquisa, e outros que contribuem para a discussão das teorias apresentadas para, inicialmente, delinear os aspectos de cada teorias, suas divergências e os pontos em comum, e, em seguida, analisar a situação do sistema penitenciário brasileiro e qual a contribuição que pode vir da discussão estabelecida.

Dessa maneira, a leitura seletiva inicia-se pelas obras: “Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal” de Alessandro Baratta; “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” de Luigi Ferrajoli; e de autores como Salo de Carvalho, Vera de Andrade, Lola Anyar Castro, Inãki Rivera Beiras, Ana Cláudia Bastos de Pinho, entre outros, que dialogam com as temáticas dos autores principais. A leitura analítica e interpretativa serão realizadas a partir do problema de pesquisa, qual seja, encontrar até que ponto é possível estabelecer um diálogo em prol do desencarceramento.

Repensar o sistema penal brasileiro somente é possível quando se considera os reais obstáculos existentes vindos de uma tradição expansionista e panpenalizadora que colocam como necessidade primordial o estabelecimento de diretrizes que possam de fato se alinhar ao que a Constituição Federal propõe. O desafio, portanto, é buscar o que pode agregar para trazer efetividade a uma estratégia de fortalecimento de um direito penal mínimo.

## 1. “DOS DELITOS E DAS PENAS”: PRISÕES E ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

Para compreender a importância de discutir teorias criminológicas e do garantismo como propostas de política criminal, é necessário analisar o cenário do sistema penal brasileiro, para somente assim verificar quais as principais problemáticas que impõem novos direcionamentos.

Este capítulo tem como ponto de partida a importância da obra “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria (1764), que representa um marco no período Iluminista e influenciou autores como Luigi Ferrajoli, em virtude, principalmente, do objetivo de trazer racionalidade para aplicação das penas, ou seja, apresentando instrumentos para evitar abusos e arbitrariedades que até então eram inerentes à forma de punir.

Ocorre que mesmo diante de tais parâmetros, objetiva-se aqui demonstrar que a realidade do sistema penal brasileiro reflete diversos problemas e preconceitos que existem fora do cárcere, e que as principais mudanças legislativas têm contribuído com a perpetuação desse cenário.

### 1.1 O projeto de fomento ao cárcere

Segundo Juarez Tavares (2021, p. 75-77), quando se fala em história de algum instrumento político do Estado costuma-se fazer uma abordagem narrativo-normativa, multidisciplinar ou crítica<sup>3</sup>. No enfrentamento da história da punição, o autor afirma que a teoria crítica trouxe uma visão mais aproximada de todo o processo através da análise dos seus aspectos externos, quais sejam os campos político, econômico, cultural e social.

É necessário destacar o que representa o termo “teoria crítica”, apresentado pelo penalista. Segundo Tavares (2021, p. 77-78), a teoria crítica pode ser dividida em duas fases. A primeira, chamada como puramente marxista, destaca o papel das relações derivadas do modo de produção e a pena entendida como uma formação social. Nessa perspectiva, a pena privativa de liberdade nada mais é que a uma forma de reparação equivalente que se impõe à violação da regra contratual que define o fato criminoso.

---

<sup>3</sup> Segundo o autor, a narrativa normativa concentra-se no método que identifica as espécies de punição correspondentes aos diversos períodos históricos e formas de Estado. A visão multidisciplinar busca fatores para além dos históricos, ou seja, contribuições da sociologia, antropologia para explicar as penas (Tavares, 2021, p. 75-76).

A segunda fase, chamada pelo autor de revisionista, com influência da Escola de Frankfurt<sup>4</sup>, parte do pressuposto que a sociedade se desenvolve mediante um processo de contradição, portanto, não estático, no qual a análise do fato jamais pode prescindir do sujeito. Assim, deve-se fazer uma separação entre a punição, como consequência da infração normativa, e a imposição da pena, em concreto, como seu elemento expressivo-comunicativo (Tavares, 2021, p. 78-79).

Denota-se, portanto, que há diversas formas de compreender o caminho da punição que conduziu à quase hegemonia da pena privativa de liberdade, sendo necessário reconhecer que contar a história da pena exigiria um esforço metodológico que não é o foco dessa discussão. Dessa maneira, na linha que apresenta Tavares, é importante destacar como a história da punição possui determinados pilares que transpõem linhas temporais e conseguem se manter estáveis, dando assim um caráter bem homogêneo à população carcerária, principalmente à brasileira.

Diante disso, é válido esclarecer que nem sempre sanção e punição foram sinônimos de cárcere. Na verdade, a pena privativa de liberdade surge bem posteriormente como forma de substituição de práticas consideradas abusivas, violentas e irracionais. Assim, o sistema penitenciário é posto como um avanço na maneira de aplicação de penas aos indivíduos e necessário ao bom funcionamento da sociedade.

Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 203) destaca que a prisão nasce como uma nova forma de castigar, contextualizada dentro do surgimento do liberalismo na Europa no século XIX, justificada pelas necessidades disciplinares dos grandes contingentes humanos, explorados nas fábricas e privados de qualquer benefício pessoal.

A ideia da disciplina para promover uma função social útil foi desenvolvida especialmente por um materialista que não compartilhava nenhum dos valores religiosos que citei até agora. O já mencionado Jeremy Bentham foi quem desenvolveu, em primeiro lugar, a filosofia utilitária e prática que se entranhou com força no pensamento burguês inglês - e do resto do mundo-, e em segundo lugar, o disciplinarismo como técnica política de controle social. Esta intenção disciplinadora, como se demonstrou, já existia antes da época industrializada. Mas foi em plena Revolução Industrial que uma justificativa teórica seria proporcionada com base na utilidade pública entendida como felicidade (Anitua, 2008, p. 207).

---

<sup>4</sup>A escola de Frankfurt, conhecida mais apropriadamente como Teoria Crítica, é um movimento filosófico e sociológico espalhado por diversas universidades pelo mundo. Alguns dos problemas chave e preocupações filosóficas envolvem a crítica da modernidade e da sociedade capitalista, a definição de emancipação social, assim como a detecção das patologias da sociedade. A Teoria Crítica tem uma interpretação específica da filosofia Marxista com olhar sobre suas principais noções como comodificação, reificação, fetichização e crítica à cultura de massa (Corradetti, *online, tradução nossa*).

Anitua (2008, p. 207-208) ressalta que, para Bentham, a sociedade ideal é aquela que assegura “a maior felicidade para o maior número”<sup>5</sup>, ou seja, implicava a soma dos prazeres individuais, descontando as dores provocadas. A ideia do panóptico expressa bem esse pensamento e foi considerada uma revolução ao unir a finalidade da pena com o menor gasto e os maiores benefícios para o indivíduo e para a comunidade no futuro.

O papel de Bentham nesse processo de estabelecimento da pena de prisão foi mais um sintetizador que o de um criador. Conforme já dito, as práticas disciplinares anteriores já eram aplicadas, principalmente, a pobres, vagabundos etc. A diferença agora é que esse confinamento era dotado de lógica, ou seja, era necessária uma justificativa que não passasse apenas por excluí-los, muito embora essa função devesse permanecer. A relação entre cárcere e fábrica<sup>6</sup> deriva desse momento histórico no qual o cárcere se fazia fábrica ou ganharia representação simbólica de fábrica (Anitua, 2008, p. 210).

Segundo Maia et. al (2017, p. 12), desde a antiguidade a pena existe como forma de reter os indivíduos, mas como apenas uma maneira de assegurar que o preso ficasse à disposição para receber o castigo prescrito (morte, tortura, deportação etc.). É somente na Idade Moderna, por volta do século XVIII, que a pena de encarceramento é criada.

A partir do século XVII, começam a ocorrer mudanças importantes no sistema penal, e a prisão seria o elemento chave dessas mudanças. O ato de punir passa a ser não mais uma prerrogativa do rei, mas um direito de a sociedade se defender contra aqueles indivíduos que aparecem como um risco à propriedade e à vida. A punição seria agora marcada por uma racionalização da pena de restrição de liberdade. Para cada crime, uma determinada porção de tempo seria retirada do delinquente, isto é, este tempo seria regulado e usado para se obter um perfeito controle do corpo e da mente do indivíduo pelo uso de determinadas técnicas. Os internatos, conventos, hospitais, quartéis e fábricas - todos instituições totais, isto é, aquelas que tinham por finalidade administrar a vida de seus membros, mesmo que à revelia de sua vontade, num esforço de produzir a racionalização de comportamentos - seriam protótipos das prisões (Maia et. al, 2017, p. 12-13).

Para os autores, a criação da pena de prisão foi vista como uma evolução da sociedade, a fim de superar os espetáculos de tortura, para a qual existe grande contributo do legado iluminista e liberal (Maia et al., 2017, p. 13). Assim, Cesare Beccaria publica a obra “Dos delitos e das penas” (1764), na qual afirma que ao longo da História as leis quase sempre não

<sup>5</sup> Segundo Morrison (2006, p. 222), o utilitarismo de Bentham é uma tentativa de criar uma ciência objetiva da sociedade e da política que fosse tão livre da subjetividade humana quanto ele esperava que nosso destino pudesse estar livre das contingências da religião e do acidente histórico. O princípio da utilidade é um dom da natureza fornece o ponto arquimediano em que interesse e razão se combinam.

É importante esclarecer que o utilitarismo abordado nas obras de Luigi Ferrajoli se distancia desta concepção. Conforme será explicado mais à frente, a abordagem Ferrajoliana remete a um utilitarismo reformado que busca se afastar da ideia clássica aqui apresentada.

<sup>6</sup> “Cárcere e Fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)” é uma obra de autoria de Dario Melossi e Massimo Pavarini (2006).

foram mais do que o instrumento das paixões da minoria, ou fruto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana que tenha orientado as ações da sociedade com a finalidade única, qual seja, “todo o bem estar possível para a maioria” (abordagem que Luigi Ferrajoli irá refutar a partir da proposição de um utilitarismo reformado que será apresentado adiante).

O objetivo do autor é, no lugar de fazer uma análise de todas as espécies de delito, indicar os princípios mais gerais, as faltas mais comuns e os erros existentes na maneira de punir, a fim de evitar os excessos já cometidos (Beccaria, 2000, p. 17). Trata-se de uma proposta de reforma das prisões e do sistema penal de maneira geral, cujos princípios até hoje figuram nas Constituições modernas.

Para Anitua (2008, p. 160), Beccaria<sup>7</sup> é o expoente mais representativo das diversas doutrinas da época, pois na obra já mencionada acima há uma representação fiel do Iluminismo ao fazer a combinação do empirismo inglês com o racionalismo francês. O autor conseguiu apresentar uma das primeiras exposições globais e articuladas do direito penal, do direito processual penal e da criminologia.

Enquanto na Europa o surgimento da pena de prisão esteve diretamente associado com a ascensão da burguesia e com o surgimento dos novos meios de produção, na América Latina a realidade foi bem diferente. Diante da colonização implantada e da ideia de progresso e de modernidade associada aos países europeus e aos Estados Unidos, o cárcere é importado, porém teve de ser adequado a um contexto de escravidão que gera reflexos até os dias atuais.

Zaffaroni é um dos criminólogos de maior destaque dentro do contexto latino-americano. Suas obras, entrevistas e demais produções buscam sempre demonstrar criticamente os problemas causados pelo sistema penal na região e apontar para reflexões acerca da própria maneira de se construir o conhecimento sobre a temática.

Segundo Zaffaroni (2015, p. 118-125), os sistemas penais latino-americanos são marcados por uma violência cotidiana que recai sobre os setores mais vulneráveis da população. Ressalta o autor que há cinco séculos esse território é submetido a um processo de atualização histórica incorporativa, resultado de duas revoluções tecnológicas sucessivas: a mercantil e a industrial.

---

<sup>7</sup> Anitua (2008, p. 161-162) afirma que Beccaria é contratualista, de modo que a origem das penas encontra-se no contrato social e na necessidade de defendê-los dos ataques de particulares. Ademais, a pena não podia justificar-se na vingança, mas sim na utilidade, na prevenção de outros delitos, afasta, portanto, fundamentos místicos ou morais para a pena e a justiça, fixando a justiça naquilo que é socialmente útil.

Primeiramente, as potências ibéricas como “impérios mercantis salvacionistas”, efetivaram nossa incorporação à civilização mercantil na forma de colonialismo, em seguida, as potências européias do norte praticaram o neocolonialismo que ainda perdura. Atualmente, o centro deslocou-se para a América do Norte, sendo já possível reconhecer que nos encontramos em meio a uma outra revolução, a tecnocientífica (ZAFFARONI, 2001, p. 118).

Na América Latina, o estereótipo do criminoso, segundo o autor (Zaffaroni, 2001, p. 134), se alimenta das características gerais dos setores majoritários mais despossuídos, de modo que na dinâmica do sistema penal a pessoa começa a ser tratada “como se fosse”, embora não apresente nenhum comportamento que seja uma infração.

Nesse contexto, compreender alguns pontos principais acerca de como tem se construído o perfil da população carcerária no Brasil se torna relevante para a compreensão do cenário carcerário atual, tendo em vista que, como Zaffaroni, indica há fatores históricos e sócio-econômicos que desempenham papel fundamental nesse processo.

Segundo Ferreira (2017, p. 183), de 1603 até 1830, nas Ordenações Filipinas, Livro V, os títulos que definiam os crimes e as suas punições eram marcados pelas distinções tanto entre criminosos quanto entre vítimas. Os crimes se dirigiam inicialmente contra o poder representado na pessoa do rei e, posteriormente, eram conceituados de acordo com a “qualidade dos envolvidos” (fidalgos, escudeiros, peões, mulheres, libertos e escravos).

Nesse período, a pena não possuía a finalidade de ressocialização e havia, tanto em Portugal quanto no Brasil colônia, edificações destinadas ao encarceramento. A prisão poderia servir como forma de forçar o cumprimento de uma multa e abrigar aqueles que aguardavam decisões judiciais, sendo, portanto, símbolo da contenção dos que se indispunham contra os detentores de poder (Ferreira, 2017, p. 184-185).

Em diferentes títulos do Livro V, há destaques para o caso dos escravos, cujas penas eram diferentes de todos os demais, se comparados com os outros tipos de culpados. O título 86, por exemplo, destinado à punição dos que pusessem fogo e causassem danos, previa penas que variavam da venda de bens para o pagamento de prejuízos até degredo para a África, enquanto que, aos escravos reservava a pena de sofrer açoites públicos<sup>8</sup> (Ferreira, 2017, p. 187).

É válido ressaltar que, sob a vigência das leis portuguesas, não havia no Brasil tribunais específicos para o julgamento dos casos que envolviam escravos. Segundo Ferreira

---

<sup>8</sup> Segundo Ferreira (2017, p. 187) o título 60 do Livro V impunha a pena de açoites públicos “a qualquer pessoa” que furtasse “valia de quatrocentos réis e daí para cima” e para os escravos açoites com baraço (laço passado em volta do pescoço do condenado) e pregão (a proclamação em voz alta pelo carrasco da culpa e da pena), mesmo que furtassem “valia de quatrocentos réis para baixo”. Havia ainda a previsão de uma punição exemplar para escravos que atentassem contra a vida dos seus senhores, assim, antes de ser executado, o escravo teria suas carnes apertadas por tenazes ardentes e as mãos decepadas.

(2017, p.188), considerado de ínfima condição e, portanto, digno das mais severas punições previstas no Livro V, o escravo criminoso deixava de ser juridicamente coisa.

Aguirre (2017, p. 37) destaca que, durante o período colonial, as cadeias não eram instituições demasiadamente importantes dentro dos esquemas punitivos implementados pelas autoridades coloniais. Na maioria dos casos, tratavam-se de meros lugares de detenção para suspeitos que estavam sendo julgados ou delinquentes condenados que aguardavam a execução da sentença.

Como já foi possível perceber, o castigo era aplicado através do que Aguirre (2017, p. 38) chama de mecanismos típicos das sociedades, ou seja, execuções públicas, açoites, trabalhos públicos ou desterros. Havia vários tipos de centros de detenção que incluíam cadeias municipais e de inquisição, postos policiais e militares, casas religiosas para mulheres abandonadas, entre outros. Assim, o encarceramento, neste período, era uma prática social regulada mais pelo costume que pela lei.

Já no período Imperial, o silêncio da Constituição de 1824 quanto aos cativos era juridicamente sustentável e reafirmava a escravidão, pois não incluía coisas ou objetos de propriedade (os escravos) em regras destinadas a cidadãos (Ferreira, 2017, p. 190).

Para Miranda (2009, p. 295), a antropologia criminal no Brasil esboçou o protótipo do delinquente, principalmente sobre a conduta dos negros, mestiços e imigrantes pobres. Nesse cenário, o médico Nina Rodrigues<sup>9</sup> e outros estudiosos, ancorados no determinismo biológico e com discursos racistas, procuravam justificar e legitimar a exclusão social.

Em relação às doutrinas racistas e eugênicas, que apregoavam a desigualdade das raças humanas, alguns intelectuais e cientistas brasileiros procuraram reagir, ao elaborarem uma ideia própria e aplicável à realidade nacional. Tal teoria veio a ser conhecida como a “tese do branqueamento”, que dominou a mente de intelectuais e da elite econômica brasileira no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. A tese do branqueamento criou a ideia de “arianização” do povo brasileiro, que, segundo seus teóricos, aconteceria com o decréscimo dos mulatos e o desaparecimento dos negros no país (Miranda, 2009, p. 300).

Com a segregação devidamente pautada em fundamentos teóricos europeus, com as devidas adaptações ao cenário nacional, fazia-se necessário reprimir, identificar e enclausurar as pessoas consideradas nocivas à sociedade e dotadas de grande potencial para procriar futuros desajustados sociais. Assim, era importante elaborar leis, códigos e criar instituições voltadas para identificar e vigiar tais indivíduos (Miranda, 2009, p. 300).

---

<sup>9</sup> O médico maranhense Raymundo Nina Rodrigues (1862-1906) foi um dos maiores adeptos da doutrina determinista lombrosiana. Na obra *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (1894) afirmou que a maior parte da população brasileira era constituída por indivíduos inferiores e patologizados que não descendiam da “raça branca” (Miranda, 2009, p. 300).

Em 1927, foi publicado o *Anuário Estatístico do Brasil*<sup>10</sup>, referente aos anos de 1908-1912, que indicou que neste período, segundo as classificações da época, entre o total de homens condenados, 475 eram brancos, 260 negros e 576 mestiços (DGE, p. 383). Quanto a idade, a maioria (mais especificamente 309 condenados) estavam na faixa etária de 30 à 40 anos (DGE, p. 387). No que tange ao nível de instrução, foram contabilizados 906 condenados analfabetos. Quanto aos tipos penais com mais condenados, segundo os dados apresentados, em primeiro lugar estava o crime de homicídio (227 condenados do sexo masculino), lesão corporal (193 condenados do sexo masculino), furto (99 condenados do sexo masculino) e roubo (93 condenados do sexo masculino) (DGE, p. 398-399).

Na Europa e Estados Unidos, no início do século XIX, a penitenciária foi adotada como o modelo institucional carcerário, apresentando um padrão que combinava o desenho arquitetônico do panóptico de Bentham, uma rotina altamente regimentada de trabalho e instrução, um sistema de vigilância permanente sobre os detidos, um tratamento supostamente humanitário e o ensino da religião aos presos (Aguirre, 2017, p. 40).

A América Latina, como tradicionalmente ocorria em diversas esferas, tratou de discutir como imitar os padrões de encarceramento mencionados, entendidos como símbolo da modernidade. Entretanto, havia resistência em investir fundos públicos e capital político na construção de edifícios e instituições que pensavam não ser mais eficazes que as formas tradicionais e informais de castigo utilizadas (açoites, grilhões, trabalhos públicos etc) (Aguirre, 2017, p. 40).

De fato, as formas tradicionais de castigo eram consideradas muito mais apropriadas para a classe de indivíduos que se queria castigar: massas incivilizadas e bárbaras, não cidadãos ativos e ilustrados. Os debates sobre a implementação do sistema de jurados, por exemplo, refletiam o profundo receio que as elites latino-americanas sentiam das massas rurais, iletradas e de cor, quase sempre percebidas (incluindo aqueles reformadores bem-intencionados) como bárbaras, ignorantes e incapazes de “civilizar-se” (Aguirre, 2017, p. 40-41).

A discussão acerca das formas de punir na América Latina são muito representativas acerca da objetificação de determinada parcela da população. Percebe-se que o parâmetro de modernidade que se tinha era pautado pelas tradições européias e norte americana e isso alcançava diversas áreas (arquitetônica, social, educação etc). Contudo, no que se referia ao

---

<sup>10</sup> A publicação do *Anuário Estatístico do Brasil* estava entre os encargos da Diretoria Geral de Estatística com a finalidade de reunir e sistematizar as informações acerca do estado físico, político, administrativo, demográfico, econômico e financeiro da República. O documento contém informações referentes ao período de 1908 a 1912. Em 1916 e 1917 foram publicados os volumes: I (Território e População) e II (Economia e Finanças). O terceiro volume, cujas informações constam nesta tese, trata de estatísticas sobre cultos e religiões, estabelecimentos como hospitais, casas de saúde, etc., penitenciárias e ensino (DGE, 1927).

cárcere, em virtude da inferiorização, principalmente de escravos, não havia grande interesse em implantar o sistema existente em outros países.

Segundo Aguirre (2017, p. 41-42), a primeira penitenciária na América Latina foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro, concluída em 1850, seguindo o modelo de instituições dos Estados Unidos, ou seja, no formato do panóptico de Bentham. Deve-se ressaltar, porém, que não houve mudanças significativas no sistema carcerário dos países latino-americanos para além da construção das penitenciárias. Ademais, diversos centros de confinamento se mantiveram inalterados.

O autor segue ressaltando que essas casas penais foram duramente criticadas por não cumprirem com suas promessas de higiene, trato humanitário aos presos e eficácia para combater o delito, bem como de degeneração dos delinquentes. Havia escassez de recursos, superlotação, mistura de detentos de diversas idades, condições legais, com uma imposição mais severa de rotinas que não conseguiam resolver os problemas (Aguirre, 2017, p. 42-43).

As informações quanto ao sistema penitenciário e às formas de aplicação de pena no Brasil ao longo da história não podem ser vistas como uniformes e progressivas. Sempre é necessário recordar das diversas realidades existentes dentro do próprio Brasil. Chama a atenção, por exemplo, a escassez de obras que abordem a realidade de estados da região norte<sup>11</sup>, de maneira que é notório que a colonização se deu de maneira diferenciada nesta região.

Ainda assim, Aguirre (2017, p. 70) chega a uma conclusão comum acerca das prisões da América Latina entre 1800 e 1940. Segundo o autor, os estados e os reformadores fracassaram, na maioria das vezes, em transformar as prisões em centros para a recuperação dos delinquentes.

[...] a justificativa para a realidade das prisões reside, sobretudo, na natureza das estruturas sócio políticas destas nações. As sociedades latino-americanas pós-independência foram, em graus diversos, configuradas por estruturas hierárquicas excludentes, racistas e autoritárias que, por trás da fachada de liberalismo e democracia formal, mantiveram formas opressivas de dominação social e controle laboral que incluíam a escravidão, a peonagem e a servidão. Direitos fundamentais de cidadania foram negados a amplos setores da população. [...] No interior destas

---

<sup>11</sup> As formas de controle da população na região norte foram diferenciadas, em comparação com as demais áreas do Brasil, Alves Filho (2001, p. 27-28) destaca que organizar a força de trabalho na Amazônia foi uma das mais difíceis tarefas do processo de colonização. A região, ocupada por razões estratégicas, não era rica em imigrantes, tampouco em capital. Contando com enorme população nativa, é entendível que este tenha sido o alvo do colonizador, ansioso por mão de obra barata ou menos onerosa. Assim, quando o governo de Portugal percebe que a Amazônia era um território de características distintas das demais regiões brasileiras e que não tinha vocação para a *plantation*, passou a incentivar o trabalho de catequese. A presença e a autoridade do missionário tornaram-se indispensáveis. Dessa forma, na colonização do Norte, a ideologia ganha destaque como instrumento de dominação da terra e das gentes.

sociedades, as formas de castigo raramente eram vistas como oportunidades para buscar o arrependimento e a recuperação dos delinquentes ou para o desdobramento de políticas de Estado de viés humanitário. Pelo contrário, o castigo era visto, geralmente, como um privilégio e um dever em mãos dos grupos dominantes dentro de seus esforços por controlar os grupos turbulentos, degenerados, racialmente inferiores, incapazes de civilizar-se e que, portanto, não mereciam a proteção de seus direitos civis e legais (Aguirre, 2017, p. 71).

Pode-se perceber, portanto, que a construção do cárcere nos países latino-americanos esteve intrinsecamente relacionada com a colonização e com os sistemas de escravidão instituídos, de modo que apresenta como característica primordial ser ferramenta de controle dessa população. Ainda que tentativas de reforma tenham sido realizadas para tornar menos cruéis essa vivência dentro dos “centros de recuperação”, grande parte enfrentava dificuldades de implantação em virtude do perfil das pessoas presas.

Ainda que sem fazer uma análise exaustiva da história do cárcere brasileiro, eis que, como já dito, isso não faz parte do propósito desta pesquisa. Fica evidente que tratar das prisões no Brasil implica refletir sobre uma intrínseca relação entre encarceramento, desigualdade e racismo.

A desigualdade social<sup>12</sup> traz como marcas não somente o aspecto socioeconômico, mas um caráter racial que decorre, principalmente, desse processo de escravidão nunca superado de maneira plena pela sociedade.

Para Nascimento (2016, p.98), a realidade afro-brasileira é a de enfrentar um processo de discriminação que, mesmo onde pessoas negras constituam a maioria da população, existem como minoria econômica, cultural e nos negócios políticos<sup>13</sup>.

Souza (2018, p. 23) afirma que é necessário pensar a desigualdade e suas mazelas, a subcidadania permanente, como resultante de um processo histórico que impossibilitou aprendizados sociais e políticos decisivos.

O sociólogo, ao tratar da história de formação da sociedade brasileira, destaca que o lugar estrutural, tanto no sentido social quanto no econômico, do sistema escravocrata lançou sua sombra para todas as outras relações sociais. Nesse contexto, havia um estrato social

---

<sup>12</sup> Segundo dados da pesquisa Síntese de Indicadores Sociais de 2020 realizada pelo IBGE a população ocupada branca em 2020 tinha um rendimento médio real 73,3% maior que dos trabalhadores pretos ou pardos. As diferenças também se refletem no recorte de gênero: o rendimento dos homens era 28,1% maior que o das mulheres no ano avaliado. A pesquisa também mostra que de 2019 para 2020, as proporções da população na extrema pobreza e na pobreza, no Brasil, segundo as linhas do Banco Mundial, recuaram. No entanto, a analista do IBGE, Bárbara Cobo, ressalta que sem os benefícios dos programas sociais, a proporção de pessoas na pobreza e na extrema pobreza teria aumentado ainda mais. (Luz, 2021, online).

<sup>13</sup> Segundo Nascimento (2016, p. 98) o censo de 1950 realizado no Estado da Bahia demonstrou que em que pese uma população de 70% de negros, o número de empregados negros era de 76,98% e de empregadores 48,11% dos quais exerciam atividades de quase nenhuma significação econômica.

fundamental e numeroso no Brasil Colônia, que era o dependente ou agregado formalmente livre e de qualquer cor. Eram pessoas que se encontravam em uma posição intermediária entre o senhor proprietário e o escravo obrigado a trabalhos forçados, homens dispensáveis, desvinculados dos processos essenciais à sociedade (Souza, 2018, p. 178).

Desse modo, a relativa dispensabilidade econômica do dependente, que irá marcar também toda a sua existência moral e política, é condicionada pelo que Carvalho Franco chama de “presença ausente” da escravidão. Essa sombra da escravidão não será apenas evidente no sentido da vida destinada a uma existência economicamente marginal, mas também, e mais importante especialmente para os fins deste livro, para a definição de um padrão de (não) reconhecimento social muito semelhante àquele do qual o próprio escravo é vítima, embora oculto sob formas aparentemente voluntárias e consensuais que dispensam grilhões e algemas. As circunstâncias sociais que permitem a constituição e reprodução de tais relações são comparáveis e participam do mesmo universo daquelas que possibilitam o padrão muçulmano de escravidão (Souza, 2018, p. 179).

Em relação ao negro, de maneira semelhante, restava o deslocamento social na nova ordem. Eram vistos como impossibilitados de alcançar o sucesso no meio ambiente concorrencial, diante da “falta de vontade” de se ocupar com as funções consideradas degradantes e da ausência da “ânsia de riqueza”. Assim, estava prefigurado o destino da marginalidade social e da pobreza econômica (Souza, 2018, p.223).

Souza (2018, p. 224) destaca que, para o negro, sem a oportunidade de classificação social burguesa ou proletária, restava os interstícios e as franjas marginais do sistema como forma de preservar sua vida, no ócio dissimulado ou ainda na vagabundagem sistemática e na criminalidade fortuita ou permanente.

Acerca dessa desigualdade o sociólogo (Souza, 2018, 231-232) destaca que o abandono secular do negro e do dependente de qualquer cor à própria sorte é uma das causas principais da sua inadaptação de acesso ao mercado de trabalho. A marginalização permanente de grupos sociais inteiros tem a ver com a disseminação efetiva de concepções morais e políticas que passam a funcionar como ideias-força em determinadas sociedades.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, o Brasil possui uma população carcerária de 820.689 pessoas<sup>14</sup>. Dessas, em 2021, 71,5% são de presos condenados e 28,5% de presos provisórios. De 2012 à 2021, houve uma variação de 252,6 %

---

<sup>14</sup> Dados referentes ao ano de 2021. Ressalta-se que o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, contido no site do Departamento Nacional Penitenciário (DEPEN), apresenta como dados mais recentes apenas referente ao período de julho a dezembro de 2021, entretanto, em consulta ao Portal do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP) é possível constatar que em julho de 2022 o número de presos no Brasil alcançou a marca de 914441, sendo 411174 provisórios, 196135 em execução provisória e 304469 em execução definitiva. (CNJ).

de crescimento de presos, ou seja, de 548.003 passou-se às mais de 800 mil pessoas já mencionadas.

Quanto ao perfil da população encarcerada, Lagreca, Barros, Sennes (2022, p. 403) destacam que, nos últimos anos, ele não tem se modificado. O que se vê, na realidade, é a intensificação do encarceramento de negros e jovens: 46,4% dos presos têm entre 18 e 29 anos e 67,5% são de cor/raça negra. Ao longo dos últimos anos, o percentual da população negra encarcerada tem aumentado. Se em 2011, 60,3% da população encarcerada era negra e 36,6% branca, em 2021, a proporção foi de 67,5% de presos negros para 29,0% de brancos.

Os autores afirmam que, após leve queda da população carcerária entre 2019 e 2020, o Brasil apresentou, em 2021, aumento de 7,3% na taxa da população prisional. A variação foi de 358,7 presos por 100 mil habitantes em 2020 para 384,7 em 2021, o que significa mais de 820 mil pessoas sob custódia estatal no último ano, dos quais, 141.002 são presos em prisão domiciliar. Em 2020, eram 753.966 pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário, número que chegou, em 2021, a 815.165 (Lagreca; Barros; Sennes, 2022, p. 397).

Interessante observar como há uma coincidência no perfil majoritário da população carcerária e nos dados acerca da desigualdade do país, ou seja, o aumento das pessoas na linha da pobreza ou da extrema pobreza é acompanhado de aumento de presos cujas características, em sua maioria, coincidem com estas pessoas.

Ademais, percebe-se que, desde que foi iniciado o levantamento estatístico oficial no Brasil, não houve uma alteração circunstancial no perfil dos encarcerados, especificamente quanto à raça e à escolaridade, mesmo já se passando mais de um século desde os primeiros dados coletados e considerando ainda a precariedade dos sistemas de coleta de informação do período.

Conforme foi possível perceber, a história das prisões no Brasil é estritamente relacionada aos problemas sociais de desigualdade - sendo o racismo uma característica comum ao longo do tempo - ao mesmo tempo que o cárcere serve como meio de manutenção da invisibilidade desses grupos sociais.

Ainda que não seja o objeto principal desta pesquisa, a filósofa norte-americana Judith Butler<sup>15</sup> traz um contributo à discussão acerca da finalidade de uma política democrática. Em

---

<sup>15</sup> De acordo com Dib Táxi (2020, online) filósofa norte americana Judith Butler na obra “Corpos em aliança” preocupa-se com a construção de uma linguagem que permita perceber a exclusão de determinados indivíduos, sem perder de vista as ações políticas que forcem esses limites e desafiam as prévias decisões acerca de quem pode ocupar quais espaços e de como é permitido que se aja politicamente. O foco da autora é analisar como pessoas ou grupos que têm sua voz sistematicamente silenciada, cujo aparecimento no espaço público é muitas vezes vedado ou desconsiderado pelos Estados, podem ainda assim se fazer ouvir e aparecer politicamente.

que pese suas obras não se dediquem a análise da questão criminal, há um campo de estudos realizado pela autora que traz pontos relevantes principalmente para a perspectiva criminológica, mas que podem ser analisados de maneira mais abrangente, pois remete ao reconhecimento do homem como indivíduo portador de direitos e garantias em um Estado de Direito.

Para Butler (2018, p. 11), não é simplesmente estender o reconhecimento igualmente a todas as pessoas, mas compreender que é apenas modificando a relação entre o reconhecível e o irreconhecível que a igualdade pode ser entendida e buscada e o povo pode se abrir para uma elaboração mais profunda.

Em “Corpos em aliança”, a filósofa afirma que a fantasia do indivíduo capaz de se tornar empreendedor de si mesmo em condições de precariedade acelerada, se não de indignância, cria a suposição de que as pessoas podem, e devem, agir de maneira autônoma sob condições nas quais a vida se tornou insuportável (Butler, 2018, p. 22).

Na mesma obra, Butler (2018, p. 80) destaca que o oposto da precariedade não é a segurança, mas luta por uma ordem social e política igualitária na qual uma interdependência passível de ser vivida se torne possível. Para a autora, esta seria, ao mesmo tempo, a condição do autogoverno como uma democracia, e a sua forma sustentada seria um dos objetivos obrigatórios desse governo.

Como bem ressalta Souza (2018, p. 271), não existe dominação social possível sem ideias - explícitas e implícitas - que a legitimem e justifiquem, e que permitam, por conta disso, sua reprodução no tempo.

### 1.1.1 A participação (anti)democrática em matéria penal

Após conhecer como se compõe a realidade do cárcere brasileiro, ou seja, após identificar quem majoritariamente ocupa as prisões, é necessário compreender as recentes modificações legislativas em matéria penal que fazem parte dos pressupostos que levam ao cenário já mencionado.

Ocorre que, para a análise destas modificações, é importante tratar da perspectiva democrática que deve (ou ao menos deveria) ser fundamental para qualquer alteração que impacte o sistema penal.

---

Dessa maneira, nesta discussão, a abordagem da filósofa objetiva compreender a invisibilidade social da população encarcerada, que para a criminologia é comumente referenciada como “clientela do sistema penal”, sem desconsiderar que a resistência ao esquecimento pode vir da sociedade condicionada à existência e compreensão do que é o Estado Democrático Brasileiro.

Para tanto, o ponto de início é o conceito de democracia apresentado por Luigi Ferrajoli. Segundo o autor (Ferrajoli, 1995), o Estado de Direito, compreendido como *governo per leges e governo sub lege*, tem como o garantismo a sua conotação funcional. Assim, a distinção entre condições formais e condições substanciais impostas ao válido exercício do poder é essencial para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de Direito.

Condiciones formales Ferrajoli condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: las reglas sobre quién puede Ferrajoli sobre cómo se debe decidir, Ferrajoli las reglas sobre qué se debe Ferrajoli no se debe decidir. Las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente democrático (o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende el carácter de derecho (o, al contrario, absoluto, totalitario o bien más o menos de derecho) del sistema jurídico (Ferrajoli, 1995, p. 858).

Ferrajoli (2002, p. 694), portanto, diferencia democracia substancial ou social como o Estado de direito dotado de efetivas garantias, liberais ou sociais, e democracia formal ou política como o Estado político representativo, ou seja, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. Condições formais e condições substanciais de validade formam o objeto de dois diferentes tipos de regras: as regras sobre quem pode e sobre como se deve decidir, e as regras sobre o que se deve ou não se deve decidir. As regras do primeiro tipo dizem respeito à forma de governo; e as do segundo, à estrutura dos poderes. Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente democrático (ou ao invés, monárquico, ou oligárquico, ou burocrático) do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter de direito (ou, ao contrário, absoluto, ou totalitário, ou seja, mais ou menos de direito) do sistema jurídico (Ferrajoli, 2002, p. 688-689; 694).

O filósofo compreende que uma definição de democracia que se pautar apenas no sufrágio universal e no princípio majoritário é inadequada e incompleta, de modo que para funcionamento e sobrevivência das democracias constitucionais é necessário que não seja lícito às majorias decidir a supressão das minorias ou mesmo a supressão das próprias regras de democracia política (Ferrajoli, 2012, p. 76)

Segundo Pinho (2017, p. 97), o garantismo reconhece que a democracia formal (ou política) restringe-se a regras procedimentais, de quem e como decidir, determinada pelo princípio majoritário. A democracia substancial (ou material), segundo a autora, abrange questões sobre o que não se pode decidir e sobre o que não se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria, uma vez que o determinante é a defesa dos direitos fundamentais.

Lembre-se, a propósito, que, a se confundir democracia com simples regra de maioria, regimes francamente atentatórios contra os direitos humanos, como o nazismo e stalinismo, poderiam ser considerados democráticos, já que, historicamente, é sabido que houve, nesses casos, aprovação majoritária em determinado momento. Por isso se vê, sem dificuldade, que o princípio majoritário é, sem dúvida, insuficiente para legitimar sistemas garantistas (Pinho, 2017, p. 97).

Os direitos fundamentais reconhecidos pelo constituinte originário na carta constitucional de 1988, além de acompanhar uma tendência mundial em países democráticos, fixou o sistema de valores do Estado brasileiro, vinculando as ações do poder político nas esferas executiva, legislativa e jurisdicional (Pinho, 2017, p. 98).

Segundo Sales (2021, p. 200), nas democracias atuais, a legitimação popular não mais se apresenta como suficiente para autorizar todo e qualquer tipo de decisão, o que significa dizer que os poderes de legislar e o de governar estão limitados juridicamente. Assim, os limites dizem respeito não apenas às formas, ao modo ou procedimento como as decisões por atos legislativos ou executivos são tomados, mas também à própria substância.

Em matéria penal, essa dimensão ganha uma relevância ainda maior quando se pensa que não basta o mero procedimento legislativo, mas é imprescindível considerar a coerência do conteúdo das modificações ou inovações propostas com a Constituição Federal e toda sua principiologia, sob pena de alterações que violem o próprio Estado Democrático.

Tais limites, como ressalta Sales (2021, p. 200), decorrem dos direitos que são estabelecidos pela constituição, os quais podem ser apontados a partir da chamada “esfera do indecível”, ou seja, o que não é decidível e que não pode ser decidido. Trata-se de um campo que não pode ser objeto de qualquer deliberação em relação à arbitrariedade e à opressão de quem é mais forte.

Logo à primeira vista, é possível notar que a concepção de democracia meramente formal ou procedimental, sob a ótica das democracias constitucionais hodiernas, mostra-se incoerente com o conceito de democracia, tal qual cunhado pelo garantismo. A contradição mais latente é quanto à noção de que a maioria pode ser suporte e dar ensejo a qualquer deliberação. Ora, se o aspecto formal ou procedimental da democracia não pode ser descartado, pois, embora importante não é suficiente, a democracia política está ligada a direitos constitucionalmente assegurados. Aqui a questão é de conteúdo, de substância, das próprias deliberações. O poder de governar ou de legislar deve, necessariamente, sob pena de mácula (invalidade) imposta pela constituição, atentar para o fato de que existem determinadas matérias para as quais é proibido decidir e outras para as quais é proibido decidir e outras para as quais é o contrário, há um dever de decidir (Sales, 2022, p. 201).

A partir desse delineamento do conceito de democracia sob a ótica garantista, ao falar em reformas legislativas, especificamente no âmbito penal, é importante conhecer a análise que Ferrajoli faz quanto ao princípio da legalidade e seus desdobramentos em mera legalidade e estrita legalidade.

É possível dizer que a mera legalidade corresponde à legalidade formal, ou seja, somente a lei pode dizer o que é delito. A estrita legalidade, por sua vez, remete à legalidade material, ou seja, uma lei que respeite as outras garantias.

Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 302) o princípio da mera legalidade atua, conforme a fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege*, como norma de reconhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes. Assim, segundo o autor, somente as leis dizem o que é delito.

Já o princípio da legalidade estrita tem a função garantista de que os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio a parâmetros extralegais, a fim de que sejam determinados pelo juiz mediante asserções refutáveis e não por juízos de valor autônomos (Ferrajoli, 2002, p. 303).

[...] mientras el principio de mera legalidad, al equivaler a la simple reserva de ley cualquiera que sea el modo en que estén formuladas las leyes, prescribe solamente la sujeción del juez a la ley, el principio de estricta legalidad, en la medida en que hace de la reserva de ley una reserva absoluta, permite además configurar la sujeción del juez a la ley como sujeción sólo a la ley. He distinguido después, en relación a la estructura lógica de las diferencias de rango entre normas en los ordenamientos complejos de los modernos estados constitucionales de derecho, entre vigencia Ferrajoli validez de las normas penales: la primera asegurada (sólo) por la mera legalidad o conformidad formal a las leyes de los actos de producción normativa, la segunda (también) por la estricta legalidad o conformidad sustancial a las leyes de los significados o contenidos de las normas producidas (Ferrajoli, 1995, p. 379).

Pinho (2017, p. 104) esclarece que a mera legalidade, nos termos postos pelo autor, significa a reserva da lei, ou seja, a norma dirigida ao juiz para que atue apenas relativamente a condutas tipificadas em lei, enquanto que a estrita legalidade representa a reserva absoluta da lei, isso é, dirigida ao legislador para que observe a taxatividade (clareza na formulação legal) e a precisão empírica (as condutas criminalizadas devem ser fática e empiricamente demonstráveis) no momento de formulação da norma incriminadora.

Aqui cabe o destaque para a dimensão material do conceito, qual seja, a estrita legalidade. Conforme apresentada acima, ela é direcionada ao legislador, que deve observá-la no momento de tratar da matéria penal. Assim, à luz dos princípios constitucionais, há a necessidade da lei ser clara e precisa, a fim de servir como garantia eficaz, evitando tipos penais obscuros e duvidosos. No mesmo sentido, proíbe-se a analogia em desfavor do

imputado, com a proibição da interpretação extensiva de normas mais gravosas ao réu (PINHO, 2017, p. 106).

É principalmente na dimensão material que a legislação brasileira tem se afastado dos preceitos garantistas. Pinho (2017, p. 106) destaca, a título exemplificativo, o artigo 233 do Código Penal<sup>16</sup>, que tipifica o crime de ato obsceno, tipo penal que nasceu com a promulgação do Código em 1940. A autora questiona: o que se deve considerar obsceno? Como resposta, percebemos que o legislador foi omissivo e deixou a critério do juiz atribuir significado ao tempo, colaborando com um decisionismo exacerbado.

Há, ainda, uma série de outras inserções e alterações legislativas que trazem uma instabilidade ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, o crime de roubo<sup>17</sup> (artigo 157 do Código Penal), que em pouco mais de um ano (entre 2018 e 2019) sofreu diversas modificações.

Tais parâmetros, portanto, são basilares para análise de alguns aspectos da legislação brasileira que levaram até uma das maiores alterações no ordenamento jurídico penal nos últimos anos: a Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “pacote anticrime”.

### 1.1.2 Aspectos de uma tradição jurídico penal brasileira

Como foi possível analisar, o racismo e a desigualdade social são marcas do cárcere brasileiro. Entretanto, os ainda atuais Códigos de penal e processo penal, respectivamente de 1940 e 1941, demonstram que a legislação pátria ainda tem um papel relevante no fenômeno do encarceramento e na manutenção do mesmo perfil de presos no país.

Segundo Sales (2022, p. 101), a elaboração do Código Penal de 1940 foi antecedida de uma série de transformações sociais em decorrência da Revolução 1930, que reagiu contra a política da primeira República: a política dos governadores e o mandonismo local dos coronéis. Em que pese a existência de diversas modificações, a substância do código pouco foi alterada.

---

<sup>16</sup> Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa

<sup>17</sup> Em 2018, a Lei 13.654/18 revogou o inciso I do §2 do art, 157 que majorava o crime (de  $\frac{1}{3}$  até  $\frac{1}{2}$ ) quando praticados com o uso de arma e inseriu o §2-A para majorar o delito quando cometido com uso de arma de fogo (aumento de  $\frac{2}{3}$ ). Anteriormente, como não havia especificação de qual arma se utilizada, majorava-se o delito tanto pelo uso de arma de fogo quanto branca, após a modificação deixou-se de aplicar a causa de aumento pelo uso de arma branca. Com a Lei 13.964/2019, houve nova alteração, com a inserção do inciso V no §2, trazendo de volta a majoração pelo cometimento do crime com uso de arma branca.

Assim, a referida legislação, publicada em plena era Vargas, no Estado Novo, procurou atingir uma clientela resultante de um processo incipiente de urbanização e enfatizou a preocupação com os crimes contra o Estado, o “livre desenvolvimento do trabalho”, a “proteção dos costumes” e, especialmente, a propriedade privada (Sales, 2022, p. 102).

Conforme demonstrado anteriormente, é possível extrair da análise da legislação penal a forma como a própria sociedade se expressa. Assim, enquanto os instrumentos legais anteriores focaram de maneira mais explícita na punição diferenciada de escravizados e ex-escravizados, agora uma linguagem mais sutil passou a ser adotada que, como Sales (2022, p. 102) destaca, traz um texto flagrantemente protetor ao patrimônio.

No que tange ao Código de Processo Penal de 1941, o contexto brasileiro da época no qual foi escrito era o da ditadura do “Estado Novo” de Getúlio Vargas. Dessa maneira, a ação política toma feições de neutralização de quem é contrário ao regime e de violência, por parte do Estado, mediante o emprego de força física (Sales, 2022,p.103).

Nesse contexto, o acusado é visto no processo penal como inimigo do Estado, o “amigo da impunidade, o inimigo da sociedade, devendo, por isso, ser combatido” (Sales, 2022, p. 103). De acordo com Sales (2022, p. 103), é disto, sob o pálio da defesa social, que nasce a neutralização do imputado.

Sales (2022, p. 104) destaca que Francisco Campos foi o responsável pela elaboração e pela revisão de diversos atos normativos, como o Código Penal, a Lei de Contravenções Penais, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, além de outras leis extravagantes e a Constituição de 1937, a “Polaca”.

Para o autor, o autoritarismo assume em Campos feições muito peculiares ligadas ao interesse da nação; é justificador de medidas centralizadoras e relativizador de direitos e garantias individuais em prol do interesse nacional. Assim, todas as reformas legislativas realizadas nesse período tinham esse fundo ideológico (Sales, 2022, p. 105).

O conceito de democracia deve ser pensado a partir da Nação. Não se cogita, assim, uma prevalência dos direitos individuais ante o Estado. Campos concebe os direitos individuais como direitos da Nação a partir dos quais os indivíduos e suas liberdades sofrem limitações em nome do bem público. Essa é a Concepção do que Campos chama “democracia substantiva” em oposição à “democracia formal”, cuja origem, embora sem referência expressa feita por Campos em Carl Schmitt. O Estado brasileiro, sendo democrático, é necessariamente autoritário. Há, portanto, uma relação intrínseca entre os interesses da Nação, a relativização de direitos e garantias individuais, a centralização de poderes na figura do Presidente e os conceitos de democrático e autoritário. Umas coisas pressupõem as outras (Sales, 2022, p. 108).

Interessante recordar que as legislações mencionadas ainda continuam em vigência, porém isso leva a refletir como algo construído dentro de um contexto antidemocrático convive por mais de trinta anos como a Constituição de 1988. Para tanto, da promulgação dos códigos até os dias atuais, uma série de reformas foram realizadas na tentativa de harmonizar o texto original com o respeito aos direitos e às garantias previstos na carta constitucional.

Não se pretende nesta discussão traçar uma análise de todas as modificações já realizadas. Porém, para compreender o contexto atual do cárcere brasileiro, faz-se necessário apresentar algumas alterações que impactam diretamente no ordenamento jurídico penal em vigor no país.

A maior reforma no Código Penal ocorreu em 1984, entretanto, Sales (2022, p. 110-111) destaca que a substância foi mantida a mesma. Já no Código de Processo Penal, o autor ressalta que é o campo mais perceptível para se notar a permanência da tradição autoritária, citando, como exemplo, a Lei 11.690/2008, que estabeleceu o cabimento às partes para formular perguntas às testemunhas arroladas, em contraste com uma realidade que não segue a determinação legal.

De acordo com Santoro (2019, p. 78), foi a incompatibilidade da essência autoritária do Código de Processo Penal e do Código Penal com a Constituição de 1988, com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, com o Decreto 592/92 e com a Convenção Americana de Direitos humanos que impulsionou movimentos de reforma da legislação penal brasileira.

Em 2019, portanto, foi promulgada a mais recente mudança no ordenamento jurídico penal, a Lei 13.964, que, como será visto a seguir, trouxe alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e em outras legislações extravagantes, trazendo consigo impactos significativos ao sistema carcerário brasileiro.

### 1.1.3 O projeto de Lei n. 882/2019 e sua trajetória legislativa

A Lei 13.964/19, popularmente apresentada e conhecida como “Pacote anticrime”, surge em um contexto no qual se vê a fragilidade da Democracia, ao menos nos termos apresentados por Ferrajoli. Passados já alguns poucos anos da vigência da lei, já é possível notar o seu impacto principalmente no sistema carcerário.

Não se pretende neste momento realizar uma análise descritiva e completa acerca do processo legislativo que levou a edição da referida lei, mas sim verificar os aspectos formais que deram origem ao instrumento que foi promulgado.

Em 19 de fevereiro de 2019, foi apresentado o Projeto de Lei n. 882/2019 pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados, nos seguintes termos:

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa (BRASIL, 2019, online).

Como é possível notar, tratava-se de projeto de lei com incidência em diversos dispositivos penais, tanto de aspectos processuais e penais quanto no que diz respeito à execução penal, além de outras leis extravagantes.

Em 30 de maio de 2019, o Deputado Marcelo Freixo (PSOL/RJ) requereu ao então Senhor Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, a estimativa do impacto orçamentário e financeiro decorrente dos Projetos listados. A justificativa apresentada pelo parlamentar se deu em razão de que:

[...] a maior rigidez pretendida pelos projetos deve ser considerada quando da estimativa de seu impacto orçamentário, que deve tomar como referência o número estimado de novos processos de conhecimento e de execução no Poder Judiciário e o RIC n.669/2019. Apresentação: 30/05/2019 13:30 número de novas vagas que se tornarão necessárias no sistema prisional (destinadas a presos provisórios, condenados e no regime semiaberto) (Brasil, 2019, online).

Em 04 de dezembro de 2019, a mesa diretora da Câmara declarou prejudicado o requerimento em face da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372, de 2018<sup>18</sup>, que em 24 de dezembro de 2019 foi aprovado como a Lei 13.964/2019.

O Projeto de Lei n. 10.372/2018 foi apresentado em 06 de junho de 2018 pelo Deputado José Rocha (PR-BA) e por outros parlamentares com a seguinte ementa: Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

---

<sup>18</sup> Ementa: Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

Em 17 de julho de 2018, foi constituída a Comissão Especial para análise do projeto, que estabeleceu como método de trabalho a realização de reuniões e de audiências públicas com oitivas de especialistas e representantes da sociedade civil organizada.

Em documento publicado pelo Grupo de Trabalho, foram apresentados dez eixos temáticos para garantir uma discussão mais centrada e eficiente sobre cada aspecto das proposições legislativas. Nas reuniões participaram o, até então, Ministro de Estado da Justiça e da Segurança Pública Sérgio Moro, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes e dentre os especialistas estavam Eloísa Machado de Almeida, Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues, membros do IBCCRIM entre outros.

As conclusões do grupo chamam atenção, pois no que tange ao aspecto orçamentário não foi identificado, objetivamente, impacto direto ou indireto sobre a receita e despesas públicas da União, enfatizando o seguinte:

A ideia com a implementação de medidas contra a impunidade é de que se modifique a mentalidade hoje vigente no país de que o crime compensa, essa circunstância, espera-se, servirá de desestímulo para a prática de delitos. O mesmo raciocínio se aplica quanto às medidas que afastam benefícios prisionais de quem pertence à organização criminosa, acredita-se também que enfraqueça o crime organizado. De qualquer forma, para fins de compatibilidade orçamentária, é certo que os projetos não tem o escopo e o efeito imediato de criar despesas, possuem finalidade exclusivamente normativa penal e processual penal, motivo pelo qual é forçoso reconhecer a não implicação da matéria em aumento de despesa ou à diminuição da receita da União (GRUPO, 2019, p. 119).

Na análise do Projeto de Lei nº 882/2019, de propositura do Poder Executivo, consta a seguinte exposição de motivos, que merece ser transcrita na íntegra:

A realidade brasileira atual, principalmente em zonas conflagradas, mostra-se diversa da existente quando da promulgação do Código Penal, em 1940. O agente policial está permanentemente sob risco, inclusive porque, não raramente, atua em comunidades sem urbanização, com vias estreitas e residências contíguas. É comum, também, que não tenha possibilidade de distinguir pessoas do bem dos meliantes. Por tais motivos, é preciso dar-lhe proteção legal, a fim de que não tenhamos uma legião de intimidados pelo receio e dificuldades de submeter-se a julgamento em Juízo ou no Tribunal do Júri, que acabem se tornando descrentes e indiferentes, meros burocratas da segurança pública. As alterações propostas, portanto, visam dar equilíbrio às relações entre o combate à criminalidade e à cidadania (GRUPO, 2019, p. 119).

Para fins de conhecimento acerca de como se deu o processo legislativo em questão, é importante destacar algumas propostas realizadas ao longo da tramitação e como era feita a análise pelos parlamentares. Aqui serão mencionadas algumas mudanças que poderiam trazer impacto direto no número de pessoas encarceradas.

No que se refere às modificações no Código penal, houve a proposta de alteração do regime inicial de reclusão com a inclusão de três parágrafos no artigo 33 do Código Penal. O documento aponta que a proposta tinha o intuito de dispensar tratamento mais severo e realista a situações específicas, ou seja, aquelas as quais não é razoável que sejam tratadas como os demais delitos. Seria o caso daqueles que fazem do crime sua rotina, dos que praticam crimes contra a administração pública e dos que praticam roubos.

Segundo as conclusões do grupo que, vale mencionar, foram elaboradas após as audiências públicas, a mudança que torna mais severo o cumprimento da pena nos casos de reincidência e nas condenações dos crimes de peculato e de corrupção ativa e passiva se mostrou correta, atendendo a princípios de razoabilidade e não engessando a atuação do judiciário.

A segunda proposta com impacto direto no encarceramento era de incluir ao artigo 59 um parágrafo para estabelecer ao magistrado o poder de fixar período mínimo de cumprimento da pena no regime inicial fechado ou semiaberto antes da possibilidade de progressão, pois considerou-se que esta proposta não iria ferir o princípio da individualização da pena.

Quanto ao Código de Processo Penal, havia a proposta de modificação no artigo 283 e inserção do artigo 617-A, a fim de possibilitar a execução antecipada da pena que, segundo o grupo, se mostrou como “meritória” e “necessária para a trazer segurança jurídica”, mencionando o Habeas Corpus 126296, julgado pelo STF que, até então, teria apontado a imprescindibilidade da “limitação da dimensão da presunção de inocência” para que houvesse a “harmonização com o axioma da efetividade da tutela jurisdicional”.

Referente à prisão em flagrante, o documento apresentava uma alteração no artigo 310, cuja conclusão do grupo se limitou a afirmar que seria uma mudança meritória. Assim, caberia ao juiz:

Denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, e manter o criminoso preso, nos casos em que ele for reincidente ou estiver envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional, de infrações penais, integrar organização criminosa ou portar arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indique ser membro de grupo criminoso, salvo se a conduta for insignificante ou de reduzido potencial ofensivo.

A proposta também trazia uma mudança no procedimento do júri para inserir a execução provisória da sentença, salvo se houver questão substancial cuja resolução pelo

Tribunal de Justiça pudesse acarretar absolvição do condenado. Sob o argumento de privilegiar a soberania dos veredictos a alteração foi considerada pertinente.

Na mesma linha, o projeto continha as mudanças nos artigos 637 e 638 do Código de Processo Penal para instituir a execução provisória da pena, com base na celeridade e na efetividade processual, além dos julgados do STF mencionados supra.

No âmbito da Lei 7210/1984, destaca-se a alteração no critério objetivo da progressão de regime e, principalmente, a vedação para os condenados em crimes hediondos, nos regimes fechado ou semiaberto, das saídas temporárias. Acerca de tais dispositivos é válido transcrever o seguinte trecho:

Diante do caos de segurança pública vivenciado por nosso país, a presente proposição legislativa tem por objetivo elevar o requisito temporal para a aquisição do direito de progressão de regime pelos condenados. O nosso sistema penal atual permite que criminosos condenados por crimes hediondos tenham que cumprir apenas dois quintos de suas penas para adquirir o direito de progressão de regime, gerando um imenso descrédito no sistema penal, assim como reforçando o sentimento de impunidade. Além disso, tais condenados ainda mantêm o privilégio das saídas temporárias (GRUPO, 2019, p. 151).

Ademais, a proposta também buscava tornar mais rígido o Regime Disciplinar Diferenciado, o chamado “RDD”, sob o argumento de “estabelecer uma maneira mais efetiva de enfrentamento da criminalidade organizada”.

Destacam-se algumas emendas propostas pelos deputados Carlos Sampaio (PSDB/SP) e Rui Carneiro (PSDB/SP), relativas ao art. 310, §2 do CPP, tendo sido proposta a seguinte redação:

*§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na prática habitual, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, ou que porta arma de fogo de uso restrito em circunstâncias que indique ser membro de grupo criminoso, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, exceto se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas.*

A justificativa apresentada pelos parlamentares se resumiu a afirmar que o objetivo era evitar que os integrantes de organização criminosa estivessem impedidos de conduzir a ação de seus grupos e para que seus participantes “se sintam desestimulados a manter vínculo com as organizações que tenham integrado”. No documento não há nenhuma menção a dados que fundamentassem a alteração.

O texto final inserido no Código de Processo Penal foi o seguinte: a rt. 310 [...] §2 *Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou*

*milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.*

Além desta, apenas outras cinco emendas foram propostas, em um total de seis apresentadas pelos mesmos parlamentares. Ademais, chama atenção que a tramitação ocorreu com celeridade.

Após a apresentação do parecer do GTPENAL, foi dado prosseguimento ao processo legislativo e em 04.12.2019 foi realizada a discussão em turno único (extrapauta), tendo sido lido o parecer do Deputado Lafayette de Andrada, que votou pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa, adequação orçamentária e financeira do projeto de lei, entretanto, rejeitou as emendas apresentadas.

Segundo Lacerda e Nogueira (2017, p. 253), o momento político brasileiro no qual foi apresentado o “Pacote Anticrime” foi um grande exemplo de oportunidade desperdiçada, através do qual poderiam ser apresentadas diversas propostas legislativas de desenvolvimento do país.

A redação final foi apresentada na forma do projeto de lei 10.372-A de 2018 e em 24.12.2019 foi transformada na Lei Ordinária 13.964/2019. Algumas das propostas mencionadas supras não foram incluídas na redação final, entretanto, especialmente no Código Penal e na Lei de Execução Penal as modificações, que não cabem serem apresentadas de maneira exaustiva, colaboram com um tempo de maior permanência do indivíduo no cárcere.

Antes da aprovação da lei mencionada, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais publicou Nota Técnica sobre o então PL 882/2019. apresentando uma análise item por item das mudanças propostas, o documento foi elaborado por diretores, coordenadores e colaboradores do Instituto com contribuições da Defensoria Pública da União e foi apresentado ao Senado Federal. De maneira mais sintética, uma das conclusões do Instituto foi a seguinte:

De partida, verifica-se que não são objetivamente claros os efeitos e consequências pretendidos com a mudança proposta, deixando o Ministério de apresentar dados e/ou estudos que indiquem a relação de causalidade entre a modificação legislativa e os objetivos pretendidos. Ademais, verifica-se uma postura antidemocrática, na medida em que a academia e a sociedade civil foram alijadas de sua construção, sendo que a pouca profundidade dos debates, até o momento, não tem permitido à população entender e discutir os objetivos da reforma (IBCCRIM, 2019, p. 4)

Conforme visto acima, ao longo de toda a tramitação não se falou em adequação de custos e disponibilização de recursos financeiros para as alterações. Para o Instituto, isso demonstrava a ausência de preocupação com os efeitos encadeados pelas propostas de

mudanças. Assim, verificou-se que se tratava de um pacote geral de endurecimento penal, sem que os impactos humanos, político-criminais e orçamentários tenham sido devidamente estudados. Afinal, há um paradoxo entre um projeto que apontava para o aumento exponencial da população carcerária e um contexto de existência da Emenda Constitucional 95 que estabeleceu um teto de gastos públicos como medida de responsabilidade fiscal (IBCCRIM, 2019, p. 4).

Ademais, segundo a nota mencionada, a criminalidade usualmente cometida no Brasil é aquela mais tosca, que insiste na prisão do “pequeno varejista de drogas”, do punguista e do indivíduo que comprou um celular furtado. Foi mantendo essa tendência que o país octuplicou sua população carcerária nos últimos trinta anos e o, até então, projeto de lei não se mostrava preocupado em alterar esse estado de coisas, na medida em que não discute a necessidade de racionalização do sistema punitivo (IBCCRIM, 2019, p. 5).

Assim, diante de uma clara aplicação apenas do princípio da mera legalidade, nos termos expostos por Ferrajoli, e com pouca atenção a uma estrita legalidade, o processo legislativo foi concluído e em janeiro de 2019 entrou em vigor a Lei 13.964/2019. Passados mais de dois anos desse momento, já se torna possível conhecer o cenário de aplicação do referido instrumento e qual o cenário atual do cárcere brasileiro.

#### 1.1.4 A realidade carcerária pós-Lei 13.964/19

Passados mais de dois anos da entrada em vigor da Lei 13.964/19, já torna-se possível a análise de dados públicos acerca do impacto das alterações na realidade carcerária brasileira. A legislação mencionada, conforme já tratado anteriormente, alterou diversos dispositivos do Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) e outras leis extravagantes, como, por exemplo, a Lei 8.072/90 e a Lei 10.826/03.

Não pretende-se explorar item por item de todas as mudanças realizadas, pois a exposição do processo legislativo já torna possível compreender o contexto e as problemáticas ao longo das discussões para aprovação da lei. Além do mais, o que interessa para a compreensão do cenário das prisões são justamente os efeitos já perceptíveis das modificações.

Pinho (2020, p. 21), ao analisar as modificações realizadas no Código Penal, chegou à conclusão de que, em relação à concepção originária da legislação, o “pacote anticrime” trouxe mais do mesmo, ou seja, apenas referendou a tradição de mais punição. A autora (Pinho, 2021, p. 21) considera que não houve nenhuma proposta de mudança significativa na

proteção de bens jurídicos constitucionalmente orientados, com o fim de respeitar uma séria teoria de bens jurídicos.

O destaque, sem dúvida, é a mudança emblemática do art. 75 do Código Penal, que aumentou o tempo de cumprimento de penas privativas de liberdade em mais de 10 anos, mesmo sendo o Brasil o terceiro país que mais encarcera no mundo. Pinho (2020, p. 24) afirma que é despreciosa qualquer incursão na criminologia para concluir o óbvio: aumento do tempo de cumprimento de pena jamais foi e jamais será sinônimo de menos crime ou menos violência.

Rosa (2020, p. 39) entende que o “pacote anticrime” colocou mais uma vez a demanda de se pensar a estrutura, o comportamento e a (im)possibilidade de reformas parciais, cuja consequência é a instauração de uma guerra de posições entrincheiradas. A partir de leituras inquisitórias, acusatórias, mixadas, sem coerência ou mesmo consistência, defende-se de tudo um pouco.

Em análise às mudanças realizadas no CPP, Lopes Jr. (2020, p. 67) destaca que a Lei teve sua redação final completamente diferente da proposta inicial. Conforme demonstrado anteriormente, foram diversas as intervenções sofridas ao longo do processo legislativo, de maneira que o autor (Lopes Jr., 2020, p. 67) considera que houve grandes avanços na democratização e na constitucionalização do Código de Processo.

Deve-se destacar, porém, que até o presente momento o Supremo Tribunal Federal (STF), através de liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº6298, suspendeu a eficácia dos seguintes dispositivos: art. 3º-A a 3º-F do CPP (que versa sobre o juiz das garantias); art. 28 do CPP (que trata sobre o procedimento de arquivamento de Inquéritos Policiais); e art. 310, §4 do CPP (que exige a realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas).

É perceptível que as modificações suspensas e ainda não julgadas em plenário são as que possuem a conotação mais constitucional dentro de toda Lei aprovada e as que proporcionaram um caráter mais acusatório ao Código de Processo Penal, que, como já dito, até os dias atuais possui resquícios de uma origem autoritária e antidemocrática.

Na análise de tais dados, deve-se considerar ainda um fator diferenciado, pois no mesmo ano em que houve entrada em vigor da Lei iniciou-se a pandemia de Covid-19, o que afetou diretamente o cotidiano das unidades prisionais. O Anuário Brasileiro de Segurança

Pública<sup>19</sup> de 2022 trouxe dados que consideraram tanto a nova legislação quanto a pandemia no diagnóstico do sistema de segurança pública.

Segundo as pesquisadoras Lagreca, Barros e Sennes (2022, p. 396), dois anos após o início da vigência da lei, os dados confirmam o que especialistas já alertavam, desde quando o “Pacote anticrime” era apenas um projeto de Lei: que um dos pontos centrais da legislação era o aumento do prazo para progressão de regime, o que significaria um cenário de maior tempo no regime fechado, o que implicaria o aumento do encarceramento de modo geral.

As autoras destacam que entre 2016 e 2019 a população carcerária cresceu em ritmo menos acelerado que nos períodos anteriores e entre 2019 e 2020 houve praticamente estabilidade no total de presos - impulsionada pelas medidas de contenção de risco em razão da pandemia da Covid-19. Porém em 2021 houve uma retomada na tendência de crescimento da população, chegando ao patamar de 820.689 pessoas custodiadas pelo Estado (Lagreca; Barros; Sennes, 2022, p. 396).

Necessário ressaltar, porém, que esse número corresponde à base de dados disponibilizada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), referente a janeiro-junho de 2021. Conforme já mencionado anteriormente, há certa dificuldade na atualização de dados oficiais quanto ao sistema penitenciário brasileiro, e a discrepância de informações<sup>20</sup> pode ser percebida em consulta do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, que em setembro de 2022 contabilizou a existência de 911.425 pessoas privadas de liberdade.

Segundo os dados do Anuário, enquanto os dados indicam um expressivo aumento da população carcerária em 2021, é necessário considerar que o CNJ publicou a Recomendação 62, a qual “recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”, o que, para as autoras, pode ter surtido um pequeno recuo da população prisional em cumprimento de pena em regime fechado (Lagreca, Barros, Sennes, 2022, p. 398-399).

---

<sup>19</sup> Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública se baseia em informações fornecidas pelas secretarias de segurança pública estaduais, pelas polícias civis, militares e federal, entre outras fontes oficiais da Segurança Pública. A publicação é uma ferramenta importante para a promoção da transparência e da prestação de contas na área, contribuindo para a melhoria da qualidade dos dados. Além disso, produz conhecimento, incentiva a avaliação de políticas públicas e promove o debate de novos temas na agenda do setor. Trata-se do mais amplo retrato da segurança pública brasileira.

<sup>20</sup> Segundo Lagreca, Barros e Sennes (2022, p. 397) a discrepância entre os números divulgados pelas instituições é um problema histórico e um indício da necessidade de se avançar na qualidade dos dados do sistema prisional no país. Para buscar sanar esse problema, inclusive está em andamento uma iniciativa inédita para integração entre o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), produzido pelo CNJ, e o Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen).

Acerca do déficit de vagas, houve uma redução considerável, passando de um déficit de 242.651 em 2020 para 180.696 em 2021. As autoras ressaltam, entretanto, que, apesar da criação de mais de 123 mil vagas em um ano, foram só 60 mil vagas a menos no déficit da capacidade, ou seja, parece evidente que, enquanto a política for a de expansão do sistema, não há como se construir vagas no ritmo da quantidade de prisões efetuadas (Lagreca, Barros, Sennes, 2022, p. 399).

Quanto ao tipo de regime de prisão em relação de 2021, os dados apontam para uma mudança positiva e gradual nas suas proporções<sup>21</sup>. No que se refere à prisão provisória, segundo a pesquisa, o número de presos absolutos aumentou, passando de 228.891 em 2020 para 233.827 mil pessoas em 2021 (28,5% da população carcerária).

No Estado do Pará, dados do INFOPEN indicam que em setembro de 2022 a população carcerária era de 19.088, sendo 15.515 custodiados, dos quais 5.867 são provisórios. Segundo as informações, o crime de maior incidência é o roubo qualificado, seguido do tráfico de entorpecentes, e a população carcerária é formada majoritariamente por homens.

Dentre os dados disponibilizados, é possível notar que entre agosto e dezembro de 2021 houve uma média maior de saídas do cárcere, porém, desde janeiro de 2022, tem sido uma constante a maior entrada de pessoas no sistema penitenciário (SEAP/PA, 2022).

No que se refere ao perfil da população presa, reiterando o já apresentado no início deste capítulo, historicamente o preso no Brasil segue sendo o mesmo indivíduo, fato causado pela própria história de formação da população e pelo uso do direito penal como mecanismo de manutenção da exclusão.

O cenário apresentado pelo Anuário demonstra a persistência dos mesmos problemas no sistema carcerário brasileiro, os quais, com as mudanças inseridas pelo pacote anticrime, tornaram-se mais gravosos. É simbólico que tal situação já tenha sido levada em consideração pelo STF em 2015 e mais de cinco anos depois pouco tenha se alterado. Entretanto, é válido mencionar quais as recomendações feitas pela Suprema Corte.

---

<sup>21</sup> A proporção de presos em regime fechado passou nos últimos três anos de 78,2% para 75,8% e 69,5% (2019, 2020 e 2021, respectivamente). De maneira equivalente, mostrou-se a tendência de crescimento da população em regime aberto que passou de 3,4%, para 6,5% e 11,2% nos últimos três anos e, paralelamente, houve um leve aumento na proporção de presos em regime semiaberto: 17,8%, em 2019, 17,3%, em 2020 e 19% em 2021 (Lagreca, Sennes, Barros, 2022, p. 400).

## 1.2 Estado de coisas inconstitucional do cárcere brasileiro e os efeitos do “combate ao crime”

O Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 em 2015, para que fosse declarada pelo STF a violação de preceitos fundamentais da Constituição Federal pelo sistema penitenciário nacional, requerendo que o tribunal declarasse o “Estado de Coisas Inconstitucional<sup>22</sup>” do sistema prisional.

Segundo Guimarães (2017, p.89), a inicial narrava que o sistema penitenciário brasileiro é calamitoso, tanto em razão da superlotação quanto da precariedade de suas condições, o que resulta em uma violação sistemática e massiva dos direitos fundamentais dos presos.

A autora destaca que esse quadro calamitoso foi objeto de condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sede de medidas provisórias, a qual reconheceu a violação da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos e outros tratados internacionais de direitos humanos, bem como o dever do Estado brasileiro de garantir a erradicação das situações de risco e de promover a proteção à vida e à integridade das pessoas privadas de liberdade (Guimarães, 2017, p. 91). A ementa do julgado foi a seguinte,

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em

<sup>22</sup> Segundo Guimarães (2017, p. 80) Estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão SU-559, de 6 de novembro de 1997, que visa enfrentar situações de violações graves e sistemáticas dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, decorram de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais

até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

No mesmo sentido, Valois (2019, p.20) afirma que, para além da discussão de direito constitucional acerca do instituto jurídico que foi utilizado, é importante considerar a realidade, qual seja, a de que a corte maior do país reconheceu que as prisões brasileiras são inconstitucionais, ilegais e que ferem a dignidade da pessoal humana, embora tenha, na mesma decisão, entendido como possível que as pessoas fiquem encarceradas em tais prisões.

Dentre as conclusões da ADPF 347, tem-se que, na análise do contexto da prisão cautelar ou definitiva, o ônus probatório de conformidade legal pertence ao Estado. Assim, quando a unidade prisional atende ao contido na Lei 7.210/84 tem-se o regime padrão, porém quando não há essa observância há duas orientações.

Ao tratar-se de prisões definitivas, diante das ausências de condições mínimas, aumenta-se a exigência para a fixação do regime privativo de liberdade. Ao tratar-se de prisões cautelares, aumenta-se o rigor na motivação para a medida mais gravosa. Em ambos os casos, a decisão do STF apontou para o direito a dano moral em face das condições violadoras e para o cômputo em dobro do tempo de pena.

Outras diretrizes aos juízes e judiciário foram: a implementação das audiências de custódia<sup>23</sup>; a consideração pelos magistrados acerca do quadro dramático do sistema penitenciário de maneira expressa e fundamentada em suas decisões; e o abrandamento dos requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime e o livramento condicional quando restar demonstrado que as condições da pena estão mais severas que as previstas na Lei.

Ao CNJ foi recomendado a coordenação de um mutirão carcerário para revisão de processos de execução penal no país e à União foi indicada a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).

Segundo Ferreira e Costa (2021, online), o Supremo reconheceu os vícios estruturais do sistema penitenciário brasileiro com uma postura considerada pelos autores como vanguardista. No entanto, falhou em não tentar destravar bloqueios políticos e institucionais, em virtude da ausência de medidas dialógicas com os demais poderes.

---

<sup>23</sup> Posteriormente regulamentadas pelo CNJ na Resolução nº 213/2015 e inseridas no Código de Processo Penal com a Lei 13.964/2019.

Em junho de 2021, o CNJ publicou balanço e projeções cinco anos após a decisão do STF. A partir do panorama geral apresentado, verificou-se que o quadro que deu origem à decisão do Supremo não foi superado, especialmente, devido à complexidade de fatores causais que incluem desarranjos históricos em nossa sociedade e dinâmicas institucionais que tendem à inércia.

O quadro de fatores se agravou nas últimas três décadas. Embora com uma velocidade menor nos últimos anos, mantêm-se cenários como a superlotação e serviços insuficientes nas áreas de saúde, alimentação e segurança das pessoas privadas de liberdade (CNJ, 2021, p. 8).

Os dados sobre a seletividade penal reafirmam que houve poucas variações percentuais referentes ao perfil das pessoas privadas de liberdade - pobres, negras, jovens, sem acesso a oportunidades, que cometeram crimes patrimoniais - assim, entre 2015 e 2020, 56,3% das pessoas privadas de liberdade eram negras, 42% com menos de 30 anos, 57,4% com ensino fundamental incompleto e 71% presos por crime patrimonial ou tráfico de drogas (CNJ, 2021, p. 8).

Quanto à superlotação, os estudiosos consideraram que se trata de um dos efeitos e não causa primeira de desarranjos estruturais relacionados ao sistema penal, porém não é possível negar que as condições de gestão impedem um tratamento digno à população carcerária. Uma das conclusões do levantamento é que a criação de vagas na última década não vem sendo capaz de acompanhar a velocidade do encarceramento. Ademais, é válido a ressalva de que o conceito de vaga não se encerra na existência de um leito em uma cela, mas deve englobar o acesso às assistências que são garantidas por lei às condições de vida (CNJ, 2021, p. 9).

O estudo ainda traz como destaque a impossibilidade do diagnóstico acerca da estrutura do sistema carcerário, tendo em vista a discrepância de informações contidas nas ferramentas oficiais (CNJ, 2021, p. 12). Por sua vez, no que concerne à violência dentro das prisões, no levantamento dos últimos cinco anos, justamente após decisão da ADPF 347, há registros de episódios de descontrole e insegurança interna, sendo pelo menos 12 eventos de maior repercussão que resultaram na morte de ao menos 278 pessoas, com maior concentração de casos nas regiões Norte e Nordeste (CNJ, 2021, p. 15).

Valois (2019, p. 20-21) afirma que, a despeito do avanço que é o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, a liberdade, a vida e a integridade de milhares de pessoas permanecem em risco, apesar desse reconhecimento.

O princípio da legalidade é relativizado em nome do encarceramento, da suposta segurança pública que o judiciário pena estar resguardando mantendo essas pessoas presas, mesmo ilegalmente. Esquece-se que se não há pena sem lei sem lei que previamente a defina, a pena que se executa no Brasil não é pena, mas simplesmente uma legal exclusão (Valois, 2019, p. 20-21)

Em breves comentários sobre a realidade norte americana, o autor explana que, durante muito tempo, nos tribunais dos Estados Unidos se aplicava a doutrina de lavar as mãos (*hands off*), justificada pela visão de que os presos poderiam ter os seus direitos constitucionais sacrificados, vez que eram vistos como “escravos do Estado” (Valois, 2019, p. 21).

Apenas na década de 1970, movimentos de direitos civil começaram a alterar essa postura para que o preso passasse a ser visto como um cidadão cumprindo sua pena. Assim, no caso *Wolf v. McDonnell* se reconhece que “não há uma cortina de ferro entre a Constituição e os presos”, de maneira que as cortes norte americanas passam a examinar que a totalidade das condições e práticas nas prisões se constituíam punição cruel e ilegal em violação à oitava Emenda, algo semelhante ao que fez o STF (Valois, 2019, p. 21).

O autor chama atenção para o fato de que a reforma no sistema penitenciário norte-americano não partiu de forma espontânea do poder judiciário, mas foi resultado da mobilização não apenas de movimentos civis, mas dos próprios presos, que foram ouvidos em seus pleitos ainda que parcialmente, algo que no Brasil não se costuma fazer, tendo em vista a exclusão do preso do diálogo necessário à efetivação da justiça (VALOIS, 2019, p.22).

O sistema penal brasileiro, e aqui entendendo-o como um todo, tem sido marcado por fortes tendências panpenalistas e autoritárias, algo que tem sido uma constante na história, intercaladas com poucos suspiros democráticos. Isso explica as poucas modificações no sentido de efetivação de direitos das pessoas encarceradas.

O cenário do sistema penal brasileiro, portanto, demonstra uma tendência constante de fenômenos de maximização do direito penal, sem grandes alterações no quantitativo de presos e discussões qualificadas acerca de uma política criminal efetivamente alinhada com os direitos fundamentais. É um cenário que demanda uma reflexão sobre a necessidade de fortalecer referenciais teóricos que consigam apresentar propostas coerentes para a minimização da expansão desses movimentos.

## 2. PELO FIM DAS PRISÕES: UMA POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

Alessandro Baratta é um autor de relevância ímpar para a história da criminologia crítica, e possui uma das propostas de política criminal mais integradas à realidade do funcionamento do sistema penal. Neste capítulo, serão analisados o papel do criminólogo dentro da mudança de paradigma da criminologia, a epistemologia eleita pelo autor e as principais influências que o levam a propor a chamada Política Criminal Alternativa.

### 2.1 O giro epistemológico na criminologia crítica

Ao falar sobre criminologia crítica é sempre importante definir qual vertente criminológica será abordada. Carvalho (2015, p. 40) é enfático ao dizer que nunca existiu unidade no pensamento criminológico, que nasceu em paralelo à criminologia institucional<sup>24</sup>.

A partir do momento que Durkheim<sup>25</sup> enuncia que o crime é uma experiência normal ao convívio social, superando a visão determinista do delito, que dirigia o protagonismo para o desviado, surgem as condições de possibilidade ao chamado giro criminológico (Carvalho, 2015, p. 41).

Segundo Anitua (2008, p. 656), a partir da década de 1960 surgiram no interior de vários movimentos sociais novos pensamentos a respeito da questão criminal que foram agrupados sob a denominação de “criminologia crítica”, “nova criminologia”, “criminologia radical” ou também “criminologia marxista”.

O termo “criminologia crítica”, inspirado na tradição da Escola de Frankfurt<sup>26</sup>, começou, nos anos setenta, a unificar várias posições distintas, que iam desde o interacionismo até o materialismo e que se assemelhavam mais naquilo que criticavam do que naquilo que propunham (Anitua, 2008, p. 656).

<sup>24</sup> Carvalho (2015, p. 39) chama de criminologia oficial aquela derivada do positivismo naturalista e etiológico da escola italiana de Lombroso, Ferri e Garofálo que forneciam elementos de sustentação e legitimação do direito penal.

<sup>25</sup> As regras do Método Sociológico, 1895.

<sup>26</sup> Segundo Gomes (2015, p. 22-26), a Escola de Frankfurt vem da criação de um instituto permanente de pesquisa, na Alemanha, que congregava os pensadores de esquerda e que servia de referência para reflexões científicas independentes. Surge em um momento histórico de transição, em que as previsões de Marx a respeito da dinâmica dialética do capitalismo não se consumaram. Houve, ao contrário, uma adaptação e, seguramente, um enraizamento do modelo capitalista de produção e concentração de riquezas, embalados pelos ventos do liberalismo. Ao mesmo tempo, a tensão provocada pela expansão do nazismo na Europa, impedindo qualquer progressão política da esquerda, não deixou espaço para expectativas otimistas relativamente à construção de sociedades mais justas, sobretudo no plano econômico. Assim, toda a reflexão da Escola de Frankfurt parte da crítica política e filosófica ao exercício do poder e à dominação do indivíduo pela massificação dos bens culturais. Quase todos os membros do instituto, por serem marxistas e judeus, fugiram da Alemanha, dentre eles Adorno e Horkheimer.

Na Europa, até então tomada pelo paradigma etiológico da criminologia, Laurie Taylor e Stanley Cohen, na obra *Sobrevivência psicológica* (1972), demonstraram que, apesar da oposição e das ameaças do governo, podia-se fazer uma pesquisa rigorosa e crítica das instituições. Assim, tais autores cientificamente inovadores e politicamente comprometidos puderam utilizar métodos diferentes para encontrar objetos de estudo tradicionalmente considerados fora do estritamente criminológico, entre os quais estavam os meios de comunicação, os medos, as modas etc. (Anitua, 2008, p. 665).

Esse tipo de reflexão sobre o positivismo a partir da recuperação da sociologia do desvio norte-americana foi também geradora da obra mais importante, e com maior transcendência dentro e fora de seu país de origem, pois seus autores se declaravam marxistas. Refiro-me a *A nova criminologia*, lançada em 1973 e escrita por Ian Taylor (1944-2001), Paul Walton e Jock Young, que defendia uma nova criminologia radical, crítica e materialista. Em suas próprias palavras, essa criminologia deveria comprometer-se com a abolição das desigualdades de riquezas e de poder a partir de uma perspectiva marxista, à qual se propunham completar com a percepção do delito como uma consequência da estrutura social na qual acontece (Anitua, 2008, p. 665-666).

Anitua (2008, p. 667) destaca que, com todos esses antecedentes, em julho de 1972, foi elaborado um “Manifesto Europeu” firmado por esses e outros cientistas sociais interessados no delito e no desvio, mas com abordagens diferentes (historiadores, sociólogos, assistentes sociais, juristas etc.) e com pretensões deslegitimadoras em relação aos enfoques tradicionais da criminologia.

Assim, foi criado o “Grupo Europeu”, no qual se destacariam os criminólogos italianos. Nas reuniões, a crítica ao positivismo era igualmente acompanhada por uma crítica ao interacionismo simbólico<sup>27</sup> e, concretamente, ao enfoque da reação social, que era considerado como a outra face de uma criminologia conservadora, tendo em vista que era apenas descritiva e não almejava mudanças sociais (Anitua, 2008, p. 668).

Lola Aniyar Castro (1983, p. 96) afirma que a chamada Criminologia da Reação Social compreenderia as teorias da rotulação (Becker, Erikson, Kitsuse, Lemert) e as teorias do estigma (Goffman) e do estereótipo (Chapman). A autora ainda inclui modelos analíticos que enfocam variáveis, como a organização e a sofisticação do poder e da delinquência (Turk), variáveis influentes na criminalização de homens e de comportamentos.

---

<sup>27</sup> Conforme explica Andrade (1995, p. 28) a tese principal do interacionismo simbólico desenvolvido por Mead é de que a sociedade é interação e que a dinâmica das instituições sociais somente pode ser analisada em termos de processos de interação entre seus membros. Disto derivam diversas escolas dentre as quais a “Escola de Chicago”, pertencente a Lemert e Becker, a escola dramaturgica de Goffman e a Etnometodologia.

Segundo a criminóloga, também sob a denominação de criminologia da reação social encontram-se situados os movimentos radicais que deram origem à criminologia crítica ou Radical (Castro, 1983, p. 97).

A criminologia crítica representou um marco dentro do campo dos estudos das ciências criminais a partir do rompimento do estudo do crime sob uma ótica ontológica, ou seja, do criminoso como ser anormal, visão que dominava especialmente o debate Europeu através da criminologia positivista.

Para Andrade (1995, p. 24), a antropologia criminal de C. Lombroso e a sociologia criminal de E. Ferri constituem duas matrizes fundamentais na conformação do chamado paradigma etiológico de criminologia, o qual buscava trazer para a criminologia um status de ciência, segundo os ditames do positivismo e do fenômeno de cientificização do controle social que estava em destaque na Europa de finais do século XIX.

Assim, a criminologia chamada positivista é definida como uma ciência causal-explicativa da criminalidade, ou seja, que concebia a criminalidade como fenômeno natural, causalmente determinado. A pena foi concebida como meio de defesa social, com a finalidade de recuperação do criminoso mediante a execução penal (Andrade, 1995, p. 24-26).

Baratta (2011, p. 40) considera que o modelo científico que predominou no campo das ciências criminais desde o fim do século XIX até a década de 1930 foi marcado pela chamada ideologia da defesa social.

Segundo o autor (Baratta, 2011, p. 40), a ideologia da defesa social nasceu contemporaneamente à revolução burguesa, no período em que a ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês. De acordo com o criminólogo, as escolas positivistas são herdeiras da Escola Clássica, transformando-a em conformidade às exigências políticas que assinalam a passagem do estado liberal clássico ao estado social (Baratta, 2011, p. 41- 42).

Baratta (2011, p. 43) esclarece que as diferenças entre as escolas positivistas e a teoria da criminalidade da escola liberal clássica estão, principalmente, na atitude metodológica com relação à explicação da criminalidade. Para as primeiras, a função da criminologia é reduzida à explicação causal do comportamento criminoso, enquanto que a segunda está ligada à ideia do livre arbítrio, do mérito e do demérito individual. A culpabilidade, portanto, para a escola clássica adquire um significado moral-normativo (desvalor, condenação moral); e para as escolas positivistas, sociopsicológicas (revelador de periculosidade social).

Andrade (2015, p. 81) chama atenção para uma situação ocorrida, especialmente na Itália no final do século XIX, quanto à convivência aparentemente contraditória entre um

modelo jusracionalista, liberalmente inspirado em ciência Penal, e um modelo criminológico-positivista, de inspiração social.

A Escola Clássica, porque condicionada pelo jusracionalismo, estava ainda distante das exigências que o paradigma dogmático impôs no Direito privado e iria impor no Direito Penal. Mas, por empenhar-se na construção jurídica (embora com fundamentos extrajurídicos) dos limites do poder punitivo em face da liberdade individual, constitui a herança mais próxima em cuja linha sucessória, enraizada no Iluminismo, o paradigma dogmático virá a se consolidar.

Bem diversa é a especificidade da Escola Positiva que, modelando o paradigma “etiológico” segundo o qual a Criminologia, definida como Ciência causal-explicativa do fenômeno da criminalidade (com emprego do método experimental e de estatísticas criminais), assume a tarefa de explicar as causas do crime e de prever os remédios para evitá-lo (Andrade, 2015, p. 81).

A criminóloga ressalt a problemática relação entre as concepções jurídicas e criminológicas, que tem como consequência a relação da ciência penal com a criminologia e a determinação de seus objetos, objetivos etc.. Andrade (2015, p. 82) declara que, em um primeiro momento, já que ciência somente era aquilo que adotava o método causal-explicativo, a única Ciência possível era a criminologia.

Por via de consequência, à atividade jurídica foi negado o caráter científico, reduzida ao entendimento de que deveria ser substituída ou, no máximo, ficar subordinada à criminologia. Isso traduz o impacto do positivismo e como o jurista penal perde a hegemonia para a então emergente ciência da criminalidade (Andrade, 2015, p. 82-83).

Na América Latina, em países como o Brasil, esse campo teórico foi inserido a um contexto de colonização e de escravidão, servindo como uma espécie de referencial teórico justificador da segregação e com a finalidade de controle social das massas indesejadas. Segundo Miranda (2009, p. 295), a antropologia criminal esboçou em terras brasileiras o protótipo do delinquente por meio de um olhar preconceituoso, principalmente sobre a conduta dos negros, mestiços e imigrantes pobres.

O médico maranhense Nina Rodrigues (1862-1906) foi um dos maiores nomes dessa corrente teórica e defendeu a implementação de leis específicas que atendessem aos parâmetros da cultura e das “raças” brasileiras. Em 1894, publicou a obra “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”, na qual afirmou que a maior parte da população brasileira era constituída por indivíduos inferiores e patologizados, que não descendiam da “raça branca” (Miranda, 2009, p. 295).

A presumpção logica, por conseguinte, é que a responsabilidade penal, fundada na liberdade do querer, das raças inferiores, não pode ser equiparada a das raças brancas civilisadas. [...]

A civilização aryaná está representada no Brasil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendel-a, não só contra os actos anti-sociaes — os crimes — dos seus proprios representantes, como ainda contra os actos anti-sociaes das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceito dessas raças, sejam ao contrario manifestações do conflicto, da lucta pela existencia entre a civilização superior da raça branca e os esboços de civilização das raças conquistadas, ou submettidas. Era, portanto, natural que o legislador brasileiro confundisse todos esses actos sob a rubrica geral de — crimes —; e os submettesse aos meios de repressão, que, a seu juizo, deviam garantir a ordem social sobre que repousava a civilização que elle tinha em vista defender (Rodrigues, 1894, p. 82;112)

A perspectiva lombrosiana foi utilizada para explicar o desenvolvimento de determinados comportamentos homicidas e antissociais. Nina Rodrigues, assim como Lombroso, adotou como método de pesquisa: o estudo dos corpos humanos de indivíduos tido como criminosos, como foi o caso de Antônio Conselheiro, para a busca de sinais de anomalias (Miranda, 2009, p. 296-298).

No discurso das elites, especialmente dos médicos e bacharéis, no espaço das ruas se reproduziam os futuros delinquentes, prostitutas, degenerados, vagabundos, bêbados, desordeiros, anormais e “loucos de todos os gêneros”. Nesse meio, fazia-se necessário reprimir, identificar e enclausurar essas pessoas consideradas nocivas à sociedade e dotadas de grande potencial para procriar futuros desajustados sociais. Temiam-se não só as práticas de roubos, saques e assassinatos, mas também a transmissão de inúmeras doenças. Era importante elaborar leis, códigos e criar instituições voltadas para vigiar e identificar esses indivíduos (Miranda, 2009, p. 300).

Denota-se, portanto, o grande espaço que foi dado para essa abordagem, fato que colabora para o entendimento do perfil dos presos no Brasil, que, como dito no capítulo anterior, tem como uma de suas razões de ser o racismo. A antropologia criminal ou criminologia positivista veio apenas dar o tom científico para o uso do sistema penal como expressão de uma sociedade racista e cuja intenção era subjugar esse grupo.

Importante ressaltar, porém, que é um equívoco compreender a criminologia crítica como uma superação total ao modelo etiológico, pois ela não foi abandonada e continua sendo um ramo de estudo inclusive nos dias atuais.

A criminologia crítica que será aqui analisada, ou seja, a que foi apresentada por Alessandro Baratta, portanto, não deve ser vista como único referencial teórico criminológico existente. Pelo contrário, foi a partir de suas abordagens que um leque de vertentes do campo crítico nasceram, a fim de abranger o campo de deslegitimação do sistema penal.

Enquanto na América Latina essa abordagem teórica ganhou bastante fôlego, a introdução do *labelling approach*<sup>28</sup> - devido às influências de correntes de origem fenomenológica, como interacionismo simbólico e a etnometodologia<sup>29</sup>, na sociologia do desvio e do controle social, e de outros desenvolvimentos de reflexão histórica e, principalmente, sociológica - determinou o surgimento de um paradigma alternativo (Andrade, 1995, p. 27).

Andrade (2015, p. 204) afirma que o interacionismo simbólico representa certa superação da antinomia rígida das concepções antropológicas e sociológicas do comportamento humano ao demonstrar que não é possível considerar a natureza humana ou a sociedade como dados, estruturas imutáveis. A ideia perpassa pela compreensão dessa sociedade como algo constituído por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos.

Conforme a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade passível de ser conhecida de maneira objetiva, mas produto de uma construção social obtida mediante um processo de definição e de tipificação por parte dos indivíduos e grupos diversos. Assim, conciliando ambas as correntes, estudar a “realidade social” significa estudar esses processos (Andrade, 2015, p. 205).

O desvio passa a ser observado como processo de interação entre atores, os quais um é capaz de acusar e de fazer tal acusação ser aceita pelos demais. A violação da norma, o desvio e o crime, portanto, não são coisas ontológicas, mas sim sentidos simbólicos atribuídos em um processo interacional entre os atores (Rosa Junior et. al, 2018, p. 81).

Como esclarece Andrade (2015, p. 206), ao acentuar que o crime e a criminalidade não são objeto, mas produto da reação social, o *labelling* acentua o papel constitutivo do controle na sua construção social, de maneira que as agências controladoras (ou seja, aqueles que detem o poder de definição na sociedade) não “detectam” ou “declaram” a natureza criminal de uma conduta, mas a “geram” ou “produzem” ao etiquetá-la assim.

---

<sup>28</sup> Segundo Andrade (2010, p. 27) “O labeling approach é designado na literatura, alternativa e sinonimicamente, por enfoque (perspectiva ou teoria) do interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou ainda por paradigma da “reação social” (social reaction approach), do “controle” ou da “definição”. Ele surge nos Estados Unidos da América em finais da década de 50 e inícios da década de 60 com os trabalhos de autores como Ferrajoli, Garfinkel, E. Goffman, K. Ericson, A. Cicourel, Ferrajoli, Becker, E. Schur, T. Scheff, Lemert, Kitsuse entre outros, pertencentes à “Nova Escola de Chicago”, com o questionamento do paradigma funcional até o momento dominante dentro da Sociologia norte-americana. Considera-se Ferrajoli, Becker, sobretudo, através de seu já clássico *Outsiders* (publicado em 1963) o fundador deste paradigma criminológico. E na verdade, *Outsiders* persiste ainda como a obra central do labelling, a primeira onde esta nova perspectiva aparece consolidada e sistematizada e onde se encontra definitivamente formulada a sua tese central”.

<sup>29</sup> Segundo Rosa, Junior, et. al., (2018, p. 78) a etnometodologia é uma corrente de pensamento e de pesquisa desenvolvida na década de 60 e tem Harold Garfinkel como seu principal teórico. Ela se relaciona com diversas outras correntes - entre elas o interacionismo simbólico- que ajudam a compreender a sociedade contemporânea, pois tem como objeto os métodos que os sujeitos utilizam para dar sentido às suas práticas cotidianas.

As influências dos autores mencionados desembocam no estudo dos processos de criminalização nas duas diferentes direções: a criminalização de condutas de indivíduos e do desviante (Castro, 1983, p. 103).

Como consequência de tudo isto:

I - Para a nova perspectiva, o comportamento desviante pode ser modificado do exterior, sem incidir na personalidade, mudando-se as reações do grupo e modificando as regras que qualificam um comportamento desviante. Evidentemente, é uma tarefa muito mais simples, do que tentar transformar a personalidade.

II - Portanto, a Política Criminal deve ser considerada em função de novos elementos conceituais: valor da utilidade da incriminação penal de certos comportamentos em relação ao preço que exige o controle social dos mesmos, tanto a nível individual (estigmatização) como geral (custos de prevenção e tratamento).

III - Por isso, uma das mais novas correntes a partir da Sociologia do Comportamento Desviante é a que tende à *Descriminalização* da conduta, isto é, uma liberação progressiva da qualificação penal, de condutas sociais [...] (Castro, 1983, p. 135-136).

Trata-se de uma modificação significativa no campo de análise de funcionamento do sistema penal, que abre as portas para estudos mais complexos acerca dos processos de criminalização.

Andrade (1995, p. 29) ressalta que não apenas a criminalização secundária se insere no *continuum*<sup>30</sup> da criminalização primária, mas o processo de criminalização seletiva acionado pelo sistema penal se integra na mecânica do controle social global da conduta desviada, de tal forma que para compreender adequadamente seu funcionamento é preciso partir do pressuposto de que ela integra um subsistema encaixado dentro de um sistema de controle e de seleção maior amplitude.

Importante, porém, deixar em destaque que não é possível falar em uma superação do paradigma etiológico, que ainda se constitui como campo de pesquisa, mas sim da predominância de um novo referencial que vai ganhar espaço especialmente na América Latina. Inclusive, Andrade chama atenção para:

[...] a sobrevivência secular desta Criminologia e suas representações da criminalidade, na ciência e no senso comum, para além de sua desconstrução epistemológica, se explica pelo cumprimento de outras funções latentes e reais, distintas das prometidas. Eis aí o fascínio pelo qual saiu da academia para ganhar as ruas e legitimar o sistema penal, em uma palavra, como ciência do controle social (Andrade, 1995, p. 35).

---

<sup>30</sup> Nesta perspectiva não apenas a criminalização secundária insere-se no continuum da criminalização primária, mas o processo de criminalização associado pelo sistema penal se integra na mecânica do controle social global da conduta desviada de tal modo que para compreender seus efeitos é necessário apreendê-lo como um subsistema encaixado dentro de um sistema de controle e de seleção de maior amplitude (Andrade, 2015, p. 210).

No Brasil, a Lei 7.210/84, que regulamenta a execução penal, por exemplo, é um dos campos no qual mais facilmente são notáveis as influências do paradigma positivista. Um breve olhar sobre a legislação demonstra que a ideia de ressocialização é atrelada a um sistema de premiações pautado a uma imposição de comportamentos em troca de benefícios, tal qual como um tratamento imposto ao encarcerado.

No mesmo sentido, o ato de classificação dos condenados, realizado por meio do exame criminológico, a ênfase no aspecto clínico, com discursos que, como ressalta Salo de Carvalho (2008, p. 201), trazem diagnósticos, são repletos de conteúdo moral e com duvidosas doses de cientificidade.

O autor (Carvalho, 2008, p. 201-202) destaca que, segundo a Lei de Execução Penal, as Comissões e Centros de Observação têm por função realizar anamneses e prognósticos visando à reinserção social do apenado. Ocorre que, no lugar de possibilitar o uso de técnicas que possibilitassem a minimização do efeito deletério do cárcere, o que tem acontecido é a imposição de programas de ressocialização nos quais o encarcerado é percebido como objeto entregue ao laboratório criminológico do cárcere.

A influência, portanto, desse campo da criminologia ainda permanece. Entretanto, a troca de paradigma impactou o âmbito de discussões e foi significativa para que Baratta viesse a propor sua epistemologia de pesquisa, como será visto adiante.

### 2.1.1 Marxismo e a questão criminal: as tentativas de uma teoria materialista do delito

Juarez Cirino dos Santos (2011, p. 14), em prefácio para a obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal” de Alessandro Baratta, destaca que o desenho da criminologia crítica mostra o contraste com a chamada criminologia tradicional, através do deslocamento do enfoque teórico do autor do delito para as condições objetivas, estruturais e institucionais do desvio; da mudança do interesse nas causas do delito para os mecanismos de construção da realidade social; e pela definição de criminalidade como status atribuído a determinados sujeitos por meio de um processo de dupla seleção (dos bens e dos indivíduos).

Assim, o progresso da criminologia crítica estaria na passagem da descrição para a interpretação da desigualdade, mostrando a relação dos mecanismos seletivos do processo de criminalização com a estrutura e as leis de desenvolvimento da formação econômico social (Santos, 2011, p. 15).

A obra de Baratta tem uma importância significativa na história da criminologia crítica e não à toa influenciou a conformação da criminologia latinoamericana. Segundo Andrade

(2012, p. 59), Alessandro Baratta participou da fundação e do desenvolvimento do Grupo Latinoamericano de Criminologia comparada da Universidade de Zulia (1974) e atuou em parceria com o Instituto Interamericano de Direitos Humanos na Costa Rica, sob a direção de Eugenio Raúl Zaffaroni.

A criminologia crítica tem relação direta com a sociologia. Baratta (2011, p. 24) realiza uma distinção entre sociologia criminal e sociologia jurídico-penal, na qual a primeira se dedica ao estudo do comportamento desviante com relevância penal, enquanto que a segunda estuda os comportamentos que representam uma reação ante o comportamento desviante, fatores condicionantes e os efeitos dessas reações.

Embora com delimitações diferenciadas, pode-se notar que existe um ponto de encontro entre essas áreas, no que diz respeito aos aspectos da noção, da constituição e da função do desvio, que podem ser colocados em conexão estreita com a função e os efeitos estigmatizantes da reação social, institucional e não institucional (Baratta, 2011, p. 25).

Ao realizar o balanço sobre sua obra, o criminólogo considera que o mais importante na investigação empírica é o marco teórico no qual se constroem as hipóteses e aquele dentro do qual se interpretam os dados empíricos. Por isso, para a criminologia crítica é essencial a compatibilização dos aspectos micro e macro da sociologia (Baratta, 2004, p. 399).

As primeiras reflexões de Alessandro Baratta, e assim o início da construção da proposta de política criminal do autor, surgem, segundo Mello (2011, p. 12), no debate político-criminal italiano da segunda metade da década de 1970, no contexto teórico e político da revista *La Questione Criminale*<sup>31</sup>, publicação que veiculava as reflexões do chamado Grupo de Bolonha, formado por jovens juristas marxistas no âmbito do *Istituto Giuridico A. Cicu* da Universidade de Bolonha.

Mello (2011, p. 12) destaca que as reflexões da Escola de Bolonha integravam o panorama geral do pensamento criminológico crítico de finais do século XX, marcado pelas rupturas e pelo giro epistemológico dito anteriormente. O Grupo de Bolonha acompanhava as tendências críticas norte-americanas, européias e latino-americanas que buscavam a construção de uma abordagem da problemática do controle social a partir do marxismo.

O projeto teórico do programa de *La Questione Criminale* tinha dois objetivos centrais. O primeiro tinha um cunho teórico, com a construção de uma teoria materialista do desvio e do controle social; o segundo já era mais prático, com o desenvolvimento de

---

<sup>31</sup> A revista tinha características próprias: Seus integrantes são basicamente juristas e se interessam por problemas específicos do direito. Têm um elevado nível de informação sobre a teoria marxista e suas possibilidades de adaptação ao século XX, o que não ocorria, geralmente, com os criminólogos radicais norte-americanos (Castro, 2004, p. 89).

propostas concretas para a construção de uma política criminal do movimento operário italiano (Mello, 2011, p. 13).

Castro (2005, p. 89) afirma que uma criminologia marxista estava para ser feita, especialmente, em razão das obras tradicionais de Marx não oferecerem pontos de apoio para esse fim. Trata-se de um detalhe importante, diante de certo equívoco de compreender uma criminologia marxista como se desenvolvida diretamente pelo próprio Marx.

Na realidade, as obras de Marx<sup>32</sup> tratam bem pontualmente acerca da questão criminal, uma vez que não fazia parte do principal foco de discussão do autor. Entretanto, foi necessário perceber que a epistemologia marxista seria um ponto de partida necessário para uma abordagem crítica e deslegitimadora do sistema penal.

Segundo a autora (Castro, 2005, p. 89), a expressão “política criminal” tem para *La Questione Criminale* um sentido novo, como oposição à “política penal”, que é aquela que prioriza as sanções do direito penal. A ideia era compreender o sistema a partir da necessidade de profundas reformas estruturais, na qual a política criminal deveria ser uma parte da política social; e a política penal, a *ultima ratio*.

Bergalli (1983, p. 239) afirma que, no período de 1968, as lutas estudantis e operárias e a importância do movimento sindical na gestão da Itália fizeram com que as esquerdas ganhassem muito prestígio e um papel importante nas gestões regionais e locais. Como consequência, começou-se a colocar em prática vários experimentos de controle social, protagonizado pelas próprias organizações.

*Así se dio comienzo al empleo de estructuras de prevención Ferrajoli tratamiento de la delincuencia, guiadas por los principios de descentralización, intentando dar una visión integral de los distintos fenómenos de marginalidad social, tales como el problema de los ancianos, el de las mujeres, el de los enfermos mentales, el de los minusválidos, el de los presos Ferrajoli, en general, el de todas las personas que se caracterizan por su separación del mundo de la producción; todas ellas aparecen aisladas sobre la base del principio que supone que quien no sirve más o no podrá ya servir jamás, quien ha sido explotado hasta el final Ferrajoli quien*

---

<sup>32</sup> Pocas son las referencias concretas en la obra de Marx al fenómeno criminal. Quizá las más extensas Ferrajoli punzantes son las de sus artículos sobre la ley de hurto de leña en el *Rheinischen Zeitung* de 25 de octubre a 3 de noviembre de 1842, que son un claro ejemplo demostrativo de un derecho de clases Ferrajoli, por lo tanto, de la determinación de lo que es criminal por parte de la clase en el poder. Sobre la base de los escritos de Marx se desarrolló una teoría de la criminalidad fundada en el derecho de clases, en la justicia de clases, en la pauperización, en el hecho de tratarse de una protesta inconsciente del proletariado Ferrajoli, en definitiva, sobre la estructura económica de la sociedad. En el último tiempo la teoría crítica o radical de la criminología, como se verá más adelante, ha intentado una revisión de ésta sobre la base de Marx, pero profundizando también en los aspectos metodológicos al recoger las aportaciones de la llamada escuela de Frankfurt o teoría crítica. (Bergalli, 1983, p. 46).

*ya no podrá serio más, es excluido Ferrajoli relegado a una condición brutal Ferrajoli absoluta de aislamiento (Bergalli, 1983, p. 240).*

Como bem destaca Castro (2005, p. 89), a revista surge em um momento no qual a esquerda italiana tinha esperanças tangíveis de intervir na política social e criminal através de seu acesso ao poder em alguns setores regionais voltados à prevenção, na intervenção em política penitenciária e na participação popular na administração da justiça. A autora destaca (Castro, 2005, p. 89), porém, que as expectativas de 1975 foram parcialmente defraudadas pela história. A realidade sociopolítica italiana ultrapassou, com sua complexidade, as aspirações de um trabalho linear e de tomada de decisões sem obstáculos.

A revista encerra sua primeira etapa em 1981 e recomeça em 1983 com o nome *Dei Delitti e delle Pene, rivista di studi, storici e giuridici sulla questione criminale*, reformulando os debates iniciais e debatendo acerca do produto das pesquisas dos anos mais recentes (Castro, 2005, p. 91).

Com efeito, de acordo com seu papel de trabalho preliminar e preparatório (1982), a revista persegue uma crítica do labelling approach, tal como vinha sendo feito pelo grupo, isto é: a partir do interior de uma leitura marxista do social, e com a consequência de assinalar o objeto dos processos de criminalização, estigmatização, exclusão, etc., aprioristicamente, como pertencente a uma “classe operária” de limites confusos, que seria o suposto principal responsável pelo conflito contra o sistema através do “movimento operário organizado”. Reconhece que, dessa maneira, havia identificações nem sempre corretas: movimento operário igual classe operária; classe operária igual a área de exclusão e marginalização; área de exclusão igual a objeto de criminalização e, inversamente, objeto de criminalização igual a área de exclusão, igual a classe operária, igual a movimento operário. Dessa forma o conflito se concentrava em apenas dois atores, o que trouxe o risco de simplificar excessivamente a etiologia (causas socioeconômicas do anticonformismo) e de identificar o desvio com todo o setor de potencial antagonismo ao sistema (Castro, 2005, p. 91).

Castro (2005, p. 92) esclarece que a construção de uma política criminal alternativa, que havia sido o objetivo principal da revista, mantém-se como foco, mas sob duas novas ênfases: 1) a inserção da revista no movimento em prol da descriminalização e da reforma do sistema penal e de controle; 2) a luta que fundamentaria essas pesquisas como opção ideal e política de uma ampliação de liberdade e da igualdade substancial para indicar formas alternativas em uma estratégia de antagonismo cultural e político entre as camadas identificáveis da sociedade atual.

A relação entre marxismo e criminologia surge, portanto, no seio do debate travado nas páginas da revista. No mesmo contexto, Dário Melossi publica o artigo “Criminologia e marxismo: alle origini della questione penale nella società de ‘il Capitale” (La Questione Criminale, março-abril 1975, nº II) no qual formula, segundo Mello (2011, p. 39), uma polêmica tese sobre essa relação.

Segundo Mello (2011, p. 40), Melossi desenvolve ao longo do artigo uma ampla reconstrução da questão penal na obra, a partir do fio condutor da acumulação primitiva, integrando nessa reconstrução as diversas contribuições que comparecem nas demais obras de Marx. Surgiu, então, uma polêmica em torno do método para abordar a questão criminal e sua relação com o marxismo. O inglês Paul Hirst<sup>33</sup> defendia a impossibilidade de se falar em uma teoria marxista do desvio, já que crime e desvio não eram um campo científico existente dentro da teoria marxista (Mello, 2011, p. 42).

A postura de Hirst era de que tais categorias não poderiam ser um objeto coerente de estudo, pois a teoria de origem, ou seja, o marxismo, não os elegera como ponto de discussão. Assim, não teria sentido existir uma “teoria marxista do desvio” se a preocupação de Marx concentrava-se nas discussões acerca do modo de produção, luta de classe, estado etc.

Mello (2011, p. 41) esclarece que Dario Melossi refuta a validade para a teoria marxista de expressões como “teoria marxista do desvio”. Entretanto, a crítica do autor se estabelece sobre o uso do termo “teoria”, que induz a ideia de uma teoria completa e acabada do desvio. Assim, destaca que o objetivo é de estender o marxismo ao conjunto de objetos das chamadas “ciências sociais”.

Paul Hirst tinha como objetivo demonstrar que o objeto da teoria marxista se limitava aos seus próprios conceitos teóricos fundamentais, enquanto Melossi reafirma a ideia do marxismo como teoria geral e científica dos modos de produção, indo de encontro às formulações redutivas de Hirst, que limitavam o objeto da teoria marxista aos seus próprios conceitos teóricos.

Os riscos teóricos dessa postura redutiva seriam para Melossi a consideração do marxismo como apenas uma teoria econômica particular ou espécie de sociologia do trabalho, reproduzindo dessa forma as tendências redutivas difundidas pelos ideólogos burgueses, que combatem a hegemonia científica do marxismo (e, dessa forma, a própria hegemonia política e social da classe operária), através da restrição da capacidade teórica geral do marxismo (Mello, 2011, p. 42).

---

<sup>33</sup> A proposta foi apresentada no artigo Marx e Engels - sobre direito crime moralidade, incluído no livro Criminologia Crítica organizado por Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young.

Conforme já dito anteriormente, um grande equívoco é querer estabelecer um referencial marxista para o estudo do fenômeno da busca criminal através da busca nas obras de Marx acerca dessa temática. O que Melossi traz é um novo olhar para a forma de se utilizar deste referencial na análise criminal.

A abordagem de Melossi, realizada na revista, repercute no campo de discussão acadêmico e Ferrajoli e Danilo Zolo publicam em 1977 o artigo “*Marxismo e questione criminale*” e formulam uma proposta diferenciada acerca da relação marxismo e criminalidade.

Para Zolo e Ferrajoli (1977, p. 1), enfrentar o marxismo e a questão criminal traz duas ordens de problema. O primeiro pode ser constituído da seguinte questão: é possível falar na produção de Marx e na reflexão marxista posterior aos elementos de uma doutrina “materialista” do desvio e do controle social capaz de explicar tais fenômenos da forma como eles se manifestam nas sociedades capitalistas avançadas?

A segunda questão, posta pelos autores, é a seguinte: É possível discutir quais hipóteses teóricas e indicações estratégicas de política criminal na perspectiva de transação ao socialismo? (Zolo; Ferrajoli, 1977, p. 59). Para a análise dos questionamentos, os autores passam a analisar os principais elementos marxistas a fim de identificar se servem ao propósito de embasar uma teoria global da criminalidade.

Os pensadores afirmam que, para tanto, a análise marxista sobre a economia capitalista precisa ser integrada com teorias sociológicas empíricas e analíticas explicativas da complexa trama de fatores "superestruturais" de ordem psicológica, sociológica, política e cultural presentes nos processos de criminalização. Ocorre que uma teoria desse alcance necessita de uma doutrina política do controle social em matéria criminal e, quiçá do Estado e do Direito, que não é possível obter de maneira completa no marxismo (Ferrajoli; Zolo, 1977, p. 60).

Ferrajoli e Zolo (1977, p. 61) consideram que fundar uma teoria a partir destas premissas geraria dois riscos. O primeiro<sup>34</sup> seria do estabelecimento de uma relação mecânica entre o modo de produção e o fenômeno criminal, com a consequência de rejeitar o complexo debate acerca das motivações da criminalidade e das razões da política de repressão penal. O

---

<sup>34</sup> *El primer riesgo teórico - la reducción economicista - nos parece presente sobre todo en las interpretaciones marxistas de la criminalidade Ferrajoli de la represión penal como fenómenos estrechamente ligados a la naturaleza mercantil del modo no sólo de producción sino también de distribución capitalista* (Ferrajoli; Zolo, 1977, p. 61).

segundo<sup>35</sup> seria a adoção de uma ótica de integração e do consenso social (holismo criminológico).

*En la base de uno Ferrajoli otro se encuentra la hipostatización dogmática del marxismo como "filosofía" o como "ciencia general" definitivamente elaborada, con negación, por un lado de toda relevancia teórica a las ciencias sociales empíricas de tradición no marxista Ferrajoli, por otro, de todo interés práctico, en la fase de transición, a los instrumentos garantistas elaborados por el derecho moderno. Nos parece oportuno detenernos en estos riesgos, antes de responder a las cuestiones planteadas, en la convicción de que los mismos, si no se previenen, cierran la posibilidad de una criminología socialista científicamente fundada Ferrajoli preludian una (no deseable) política del movimiento obrero en materia criminal de tipo represivo Ferrajoli autoritario (Ferrajoli; Zolo, 1977, p. 61).*

Diante dos impasses colocados tanto pela proposta de Dario Melossi como pela crítica de Luigi Ferrajoli e Danilo Sozo, Mello (2011, p. 46) afirma que a relação entre marxismo e criminologia encontrará uma terceira solução através de Alessandro Baratta, que se propõe a construir uma teoria materialista, ou seja, econômica e política do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização.

### 2.1.2 A epistemologia de Alessandro Baratta

Baratta (2004, p. 400) afirma que, ao longo do desenvolvimento da sua obra, o marco teórico foi alterado três vezes. No primeiro, a proposta era dentro de uma visão mais funcionalista (investigação sobre o conhecimento e opiniões do público sobre o direito). O segundo marco teórico se baseava no *labelling approach*, que precisava de uma operacionalização empírica. O terceiro marco compatibilizou o enfoque do *labelling* (que é próprio do interacionismo simbólico como teoria sociológica) com o materialista (que se refere às estruturas objetivas das relações econômico-sociais).

De acordo com Baratta (2002, p. 411), sua intenção na obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal” (1982) era de superar uma visão puramente economicista do materialismo histórico. Assim, o criminólogo compara sua proposta com o trabalho de autores como Walter Benjamin e como Ernst Bloch, que resgatam o núcleo emancipatório do marxismo, sem aceitar a visão de um desenvolvimento necessário que é típico do

---

<sup>35</sup> *El segundo riesgo teórico presente en la tradición marxista, que hemos llamado, “olismo criminológico”, es un corolario del primero. Una vez interpretada la criminalidad moderna como enteramente determinada, como toda tensión o disfunción social, por la conflictividad estructural o de clase, de ahí se deriva la hipótesis de la cesación de cualquier conflicto o tensión, Ferrajoli por lo tanto también de la desviación criminal (o de otro género), en la futura sociedad socialista (Ferrajoli, Zolo, 1977, p. 69).*

materialismo dialético, colocando a ação emancipadora dentro de um horizonte de possibilidades.

Assim, quando o autor fala da possibilidade de realizar uma concordância sobre o modelo explicativo do interacionismo e do materialismo histórico, ele não busca apenas fazer uma correção através do componente econômico (ou economicista) dentro do tecido do interacionismo simbólico acerca dos processos sociais, mas baseada nos processos subjetivos de definição e de comunicação. Baratta (2002, p.412) diz que pretendia fazer o contrário, ou seja, realizar uma correção dentro da teoria marxista que efetivamente nunca produziu uma explicação consistente do desvio e da reação ao desvio.

O criminólogo (Baratta, 2004, p. 412) destaca que todas as teorias de corte marxista que, até então, tentaram buscar dentro dos atores do processo de produção e de distribuição uma explicação válida para o processo de criminalização foram muito limitadas. Segundo o autor (Baratta, 2004, p. 412)., uma teoria das relações econômicas de produção, como a teoria de Marx, não chega a compreender os processos de criminalização.

*Quizás es más fácil llegar a algunos resultados en el análisis de la violencia, violencia en el sentido de infracciones vinculadas realmente a la represión de necesidades de otras personas, de violaciones de derechos humanos, en el análisis de la criminalidad. Ferrajoli aún en este caso yo siempre he considerado algunos límites del empleo unilateral del marxismo, como por ejemplo, el hecho de que si con el análisis a través de la teoría marxista llamémosla de las desviaciones de las capas dominantes en una sociedad se puede llegar a resultados consistentes, no es lo mismo lo que se puede decir del análisis de las desviaciones de las clases marginadas. Siempre existió esta posición bien limitada, del mismo Marx, con respecto al lumpen proletariado, casi una contradicción interna en la misma teoría de la presencia, en la sociedad capitalista, de un ejército de reserva de la fuerza trabajo, que se compatibiliza con una visión negativa Ferrajoli casi moralista, Ferrajoli entonces represiva, de las desviaciones del lumpen proletariado. Esta posición se ha reproducido, provocando después una actitud bastante impura de la izquierda histórica, dentro del capitalismo, con respecto a la cuestión de la criminalidad, perpetuando este estereotipo de las clases marginadas, que producen un sector del proletariado destinado a la delincuencia, al cual se puede acudir sobre todo a través de la represión penal (Baratta, 2004, p. 412-413).*

Segundo Mello (2011, p. 47), a solução encontrada por Alessandro Baratta para o desenvolvimento de uma teoria materialista do desvio e do controle propunha um caminho possível entre criminologia e marxismo. O autor acolheu (Baratta, 2004), em certa medida, as ponderações feitas pelos autores mencionados e trouxe uma concepção de marxismo aberto.

Baratta (2011, p. 147) considera que as concepções patológicas da criminalidade, em face da ideologia penal da defesa social, têm uma função essencialmente conservadora. O autor Baratta, 2011, p. 147) ressalta que a ênfase no tratamento dos criminosos como sujeitos

possuidores de características biopsicológicas anormais em relação aos indivíduos íntegros e respeitadores da lei era uma justificativa para a intervenção repressiva ou curativa do Estado.

O equívoco que daí derivava era o de partir da criminalização de certos comportamentos e de certos sujeitos, considerando ter, por isso mesmo, o que fazer com uma realidade possuidora de caracteres e causas naturais específicas, como se o mecanismo social de seleção da população criminalizada devesse, por uma misteriosa harmonia preestabelecida, coincidir com uma seleção biológica. Desse modo, as teorias patológicas exercitam a sua função conservadora e racionalizante em face do sistema penal. A isto correspondia perfeitamente o modelo positivista de ciência penal integrada, no qual a criminologia tinha, diante da dogmática jurídica, uma função auxiliar (Baratta, 2011, p. 148).

A dimensão sociológica, a qual Baratta (2011, p. 148) chama de teorias integrantes da criminologia liberal<sup>36</sup> contemporânea, inverteram a relação da criminologia com a ideologia e a dogmática penal. Tais teorias sustentam o caráter normal e funcional da criminalidade, a sua dependência de mecanismos de socialização a que os indivíduos estão expostos, não por razões biológicas, mas pela estratificação social.

Destaca, ainda, o criminólogo (Baratta, 2011, p. 148) que, em tais teorias, o ponto de partida da investigação não é mais exclusivamente prescrito pela lei ou pela dogmática, portanto, não se tem uma definição legal de “criminalidade”. Ela é substituída por uma definição sociológica do desvio, na qual o comportamento criminoso somente pode ser compreendido dentro do quadro de uma concepção global do sistema social (Baratta, 2011, p. 148).

Segundo Baratta (2011, p. 148-149) a teoria do *labeling* se mostra o ponto mais avançado desta consciência da autonomia do objeto de investigação da criminologia, pois nega qualquer consistência ontológica à criminalidade. Dessa forma, o direito penal torna-se ponto de partida para a definição do objeto de investigação criminológica, no objeto mesmo da investigação.

Ao pontuar essa mudança paradigmática provocada, especialmente, pela influência sociológica na análise do fenômeno criminal, Baratta (2011, p. 150) passa também a tecer as críticas quanto à heterogeneidade das formas de análise que daí surgem. Para o autor (Baratta, 2011, p. 150-151), cada uma dessas teorias corresponde a premissas metodológicas e

---

<sup>36</sup> Trata-se, principalmente, de teorias inseridas no campo da sociologia criminal burguesa e que, para distingui-las das mais recentes teorias inseridas na assim chamada criminologia “crítica” (em parte, de inspiração marxista), se denominam, frequentemente, como teorias “liberais”, segundo uma particular acepção que, no mundo anglo-saxão, adquiriu o termo “liberal”. Com estes termos se denotam teorias que, diferenciando-se ainda que cronologicamente das teorias liberais clássicas dos séculos precedentes, se caracterizam, no interior do pensamento burguês contemporâneo, por uma atitude racionalista, reformista e, geralmente, progressista (Baratta, 2011, p. 47).

sistemáticas muito diferentes entre si, de modo que é um erro considerá-las de maneira homogênea como um único bloco teórico.

Importante, portanto, considerar que ao falar dessa transição e da criminologia liberal contemporânea não está a se referir a uma única corrente teórica, mas sim a diversas abordagens como referencial teórico, advindo, principalmente, da sociologia e com a característica em comum de fazer frente às teses ontológicas que, até então, dominavam o cenário.

Para a superação total da ideologia de defesa social, Baratta (2011, p. 151) enumerou os elementos de realidade que ela mistifica, são eles: o desvio, os comportamentos socialmente negativos e o processo de criminalização. Elementos que, segundo o autor (Baratta, 2011, p. 151), são interdependentes e, assim, uma teoria que queira superar a ideologia mistificante da defesa social deve poder colher esses itens e situá-los no quadro de uma estrutura social determinada.

O autor considera, porém, que a crítica da nova criminologia se dirige para a tese da universalidade do delito, já que oferece a legitimação para um sistema atualizado dentro das premissas do sistema político tecnocrático próprio das sociedades de capitalismo avançado. Assim, Baratta (2011, p. 152) afirma que as teorias liberais são portadoras de uma ideologia negativa substitutiva da ideologia tradicional da defesa social.

A ideologia substitutiva construída pelas teorias liberais contemporâneas da criminalidade é uma ideologia complexa, que supera os pressupostos éticos e metafísicos que ainda se aninham na ideologia penal da defesa social (princípio do bem e do mal, princípio de culpabilidade etc.) para pôr o controle social do desvio na típica plataforma tecnocrática, reformista e eficientista que caracteriza a mediação política das contradições sociais, nos sistemas de máxima concentração capitalista. A estratégia político-criminal correspondente às exigências do capital monopolista é, portanto, baseada: a) sobre a máxima efetividade do controle social das formas de desvio disfuncionais ao sistema de valorização e de acumulação capitalista (delitos contra a propriedade e desvio político), compatível com a medida mínima de transformação do próprio sistema; b) sobre a máxima imunidade assegurada a comportamentos socialmente danosos e ilícitos, mas funcionais ao sistema (poluição, criminalidade política, conluio entre órgãos do Estado e interesses privados) ou que exprimem só contradições internas aos grupos sociais hegemônicos (certas formas de delitos econômicos relativos à concorrência e ao antagonismo entre grupos capitalistas, no caso em que as relações de força entre eles não permitem o predomínio de uns sobre outros) (Baratta, 2011, p. 153)

Em sua obra, Baratta (2011, p. 155) critica o que chama de “atraso da ciência jurídica em face da ciência social contemporânea” e afirma que não é mais possível reconstruir um modelo integrado de ciência penal fundado sobre o caráter auxiliar da ciência social em face da ciência jurídica. Enfatiza, portanto, a necessidade de colaboração entre ambas ciências

para, assim, construir uma nova estratégia político-criminal, a fim de estabelecer um modelo integrado de ciência penal.

Diante desse cenário, percebe-se que o criminólogo enfatiza que a melhor forma de contraposição a ser feita em relação à criminologia positivista somente pode se dar através de um diálogo entre a ciência social, que trazem as contribuições da criminologia liberal, com a ciência jurídica. Aqui, o autor começa a direcionar a sua proposta; para tanto, apresenta um novo modelo que busca se pautar pela relação entre ciência e técnica.

Nesse primeiro momento, portanto, Baratta (2011, p. 156) afirma que esse modelo pode não ser concebido a partir da relação entre duas ciências, mas a partir da técnica jurídica, descrita como:

[...] a preparação de instrumentos legislativos (técnica legislativa), interpretativos e dogmáticos em vista de finalidades e de opções político-criminais conscientemente perseguidas no âmbito da correção lógico-argumentativa e da discricionariedade valorativa atribuída ao jurista, nestes diversos níveis da própria atividade, pelo sistema jurídico-político. Este deve ser considerado não somente na realidade normativa existente (e, portanto, nas mais ou menos vastas opções políticas consentidas na interpretação e na construção dogmática dele), mas também na sua ampla transformabilidade no quadro constitucional e, pois, na dinâmica das relações sociais de produção que prevê e indica (Baratta, 2011, p. 156).

Após a publicação desse seu livro, no qual o autor aborda pela primeira vez acerca da necessidade de planejamento de um modelo de integração penal, Baratta (2004, p. 434) afirma que a dogmática do Direito Penal, a partir dessa nova concepção, torna-se um componente deste objeto, o sistema de justiça criminal em seu discurso oficial. Segundo o criminólogo (Baratta, 2004, p. 434), forma-se certa assimetria na relação entre os componentes (a sociologia e a dogmática), pois a dogmática se converte, anteriormente uma disciplina concorrente, em um aspecto integrante do objeto da própria sociologia.

Baratta (2004, p. 434) entende que a sociologia do direito penal inclui também o trabalho dos juristas que constroem a dogmática. O autor (Baratta, 2004, p. 434) preocupa-se em enfatizar algo que talvez não tenha ficado tão claro na época da publicação da primeira edição de sua obra: pelo fato de que a dogmática jurídico-penal é imprescindível, eis que impacta na atividade do juiz, do legislador e do administrador.

Uma reflexão crítica sobre a forma que se tem trabalhado a dogmática, sobre os déficits, as incongruências, a falta de verdadeira capacidade de controlar o funcionamento do sistema de justiça criminal e outros aspectos é muito importante. Nesse contexto, a criminologia crítica, como discurso da sociologia do direito penal e também da dogmática do

direito penal, representa o momento de agregação da auto reflexão dogmática, mas não implica dizer que um domina o outro (Baratta, 2002, p. 435).

Baratta (2004, p. 435) destaca que ele enxerga essa relação entre os campos das ciências criminais se comportam (ou devem se comportar) como um sujeito coletivo, como uma colaboração que coloca os autores do discurso dogmático e do discurso criminológico sob o mesmo plano. A importância dessa integração é a de ter um ator jurídico que tenha um conhecimento criminológico crítico e um conhecimento dogmático, que utiliza o primeiro como base de reflexão crítica para não cair em todas as contradições que são típicas da dogmática do direito penal (Baratta, 2004, p. 435). Nessa toada, o autor destaca o trabalho de autores latinoamericanos como Zaffaroni:

Pienso que con los autores que el señor Decano ha nombrado, Zaffaroni, Juan Bustos, entre otros, estamos ya esa situación, porque son autores que si bien representan una minoría dentro del campo de los penalistas, se ve que si es posible la presencia de los dos componentes, la reflexión crítica, epistemológica Ferrajoli el trabajo dogmático, en un modelo integrado de ciencia criminal. Ahora yo veo esto con la misma confianza con la cual comencé a verlo en la mitad de los años 70. Ve más capacidad, porque veo más claramente que los dos componentes pueden efectivamente compatibilizarse; mientras que en aquel trabajo sobre dogmática Ferrajoli criminología yo definía, en un resultado del que no me alegraba, la relación como relación de metadiscurso a la Criminología Crítica, Ferrajoli de discurso a la dogmática. La relación discurso-metadiscurso, ahora la veo como una relación orgánica dentro de cualquier discurso. Trabajando sobre una concepción general de la epistemología, me estoy dando cuenta que no hay un discurso sin un metadiscurso crítico. Por eso hay una mayor posibilidad de realizar esta concepción integrada de las ciencias penales sin caer en la posición opuesta a la que yo acepto, donde la Criminología es una ciencia auxiliar dentro de las disciplinas penales. La Criminología Crítica nos es auxiliar, es un momento fuerte de la auto-reflexión dentro de este conjunto (Baratta, 2004, p. 436).

Andrade (2015, p. 225-226) destaca que o novo paradigma comporta não apenas uma superação da concepção ontológica da criminalidade, mas, ao mesmo tempo, uma superação da concepção normativista e despolitizada do direito penal. Aqui, tem-se um resgate da autonomia científica da dogmática, enquanto a criminologia serve como instância crítica externa do direito e do sistema penal.

No mesmo sentido de Baratta, Andrade (2015, p. 228) afirma que um dos pontos fundamentais desta interação reside no desenvolvimento do aspecto crítico da criminologia, que vai de encontro ao aspecto garantidor do direito penal dogmático e vice-versa, algo que a autora chama de garantismo crítico, que será tratado adiante.

O autor (Baratta, 2011, p. 156) enfatiza que o discurso técnico jurídico deve reencontrar, em uma visão científica da realidade social e do seu movimento, do conjunto de necessidades individuais e sociais o fundamento teórico das escolhas práticas do qual ele é o

instrumento. Para tanto, destaca a importância de uma ciência social comprometida na transformação do próprio objeto, ou seja, “uma ciência social em que a interpretação teórica da realidade seja dialeticamente mediada com o interesse e a ação para a transformação da realidade” (Baratta, 2011, p. 156-157).

Em razão disso, Baratta (2011, p. 157) afirma que a natureza *dialética* da mediação entre *teoria e práxis* é o que caracteriza esse modelo de ciência social. Para ele, a mediação é dialética quando o interesse pela transformação da realidade guia a práxis transformadora. Assim, entende que esta práxis precisa estar não somente na mente dos operadores científicos, mas também nos grupos sociais portadores de interesse e de força necessária para a transformação.

Nesse ponto é que o autor (Baratta, 2011, p. 157) destaca o papel do que ele chama de classes subalternas. Percebe-se, então, que o raciocínio construído por ele perpassa pela importância das teorias de cunho sociológico, que desconstruem o paradigma ontológico estabelecido pela criminologia positivista, e, a partir disso, passa a traçar os parâmetros de uma nova teoria que, sem deixar de lado os juristas, leva em consideração o papel da sociedade.

Assim, Baratta justifica a importância da obra marxista:

O interesse das classes subalternas e a força que elas são capazes de desenvolver são, de fato, o momento dinâmico material do movimento da realidade. Uma teoria da sociedade dialeticamente comprometida no sentido supradito, é uma teoria materialista (isto é, econômico-política) da realidade, que encontra as suas premissas, em particular, ainda que não exclusivamente, na obra de Marx e no materialismo histórico que dela parte. No interior destas premissas, está em curso, atualmente, um processo de elaboração teórica voltado para a construção de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização. Ela representa, segundo pensamos, o momento emergente e mais suscetível de desenvolvimento no âmbito do movimento geral da criminologia crítica, que representa, hoje, a alternativa teórico-ideológica à criminologia liberal (Baratta, 2011, p. 158)

A passagem da criminologia liberal à criminologia crítica teve um momento importante com a recepção do *labeling approach*. Baratta (2011, p. 159) esclarece que, quando se fala em “criminologia crítica”, trata-se de um movimento que se estava realizando para a construção de uma teoria materialista, portanto, econômico-política do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização.

Esse trabalho, que conta com instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo, trazia consigo preocupações teóricas que são explicitamente expostas pelo autor. Entretanto, o criminólogo (Baratta, 2011, p. 159) enfatiza que a construção teórica

não pode ser derivada somente de uma interpretação dos textos marxianos, muitos fragmentários sobre o argumento específico, mas que requer um vasto trabalho de observação empírica.

Consciente dos estudos decorrentes, especialmente, da Escola de Frankfurt<sup>37</sup>, Baratta (2011, p. 159) reconhece que existe uma relação problemática entre criminologia e marxismo, mas considera que sua proposta não é somente uma interpretação de textos marxistas, mas resultado de um vasto trabalho de observação empírica, inclusive fazendo uso de elementos teóricos diversos do próprio marxismo.

Baratta (2011, p. 159) entende que os estudos marxistas sobre o argumento se inserem em um terreno de pesquisas e de doutrinas desenvolvidas, no âmbito da sociologia liberal contemporânea, que prepararam o terreno para a criminologia crítica.

A epistemologia de Baratta, que o destaca dentro da história da criminologia crítica, deve ser foco de atenção, pois supera os debates já surgidos, conforme explicitado acima, acerca da utilização do referencial teórico marxista como ponto de análise da questão criminal.

É válido ressaltar que o autor se mostra consciente das discussões estabelecidas e procura dar um novo olhar com a finalidade da construção da teoria materialista do desvio.

Esses estudos devem levar em conta o desenvolvimento alcançado pelas correntes mais avançadas da sociologia criminal burguesa, e pelas outras correntes da criminologia crítica, também para fazer uma rigorosa revisão crítica interna delas: um trabalho que, por muitos aspectos, bem pode tomar como modelo o que Marx fez em face da economia política de seu tempo. Neste sentido, pensamos que o emprego de algumas hipóteses e instrumentos teóricos fundamentais, extraídos da teoria marxista da sociedade, pode levar a criminologia crítica além dos limites que aquelas correntes encontraram, e permitir, em parte, reinterpretar seus resultados e aquisições em um quadro teórico mais correto (Baratta, 2011, p. 160).

Baratta (2002, p. 413) afirma que a história do movimento dos trabalhadores está marcada por uma inconsistência no que tange ao problema da criminalidade em sua globalidade. Assim, o problema não é realizar uma teoria econômica economicista da criminalidade e da criminalização, mas sim integrar este marco de referência que é indispensável às ciências sociais.

---

<sup>37</sup> A escola de Frankfurt, conhecida mais apropriadamente como Teoria Crítica, é um movimento filosófico e sociológico espalhado por diversas universidades pelo mundo. Alguns dos problemas-chaves e preocupações filosóficas envolvem a crítica da modernidade e da sociedade capitalista, a definição de emancipação social, assim como a detecção das patologias da sociedade. A Teoria Crítica tem uma interpretação específica da filosofia Marxista com olhar sobre suas principais noções como comodificação, reificação, fetichização e crítica à cultura de massa (Corradeti, 2022, online, tradução nossa).

O autor considera que fazer isso em uma determinada fase do desenvolvimento da sociedade, dentro de uma formação histórico-social, dentro do marco do capitalismo, permite dar certo limite ao alcance da teoria, ir além do que a chave econômica pode produzir. Ele (Baratta, 2002, p. 413) ressalta que o interacionismo simbólico forneceu elementos, no que diz respeito à desviação, em relação aos processos de definição. Assim, os mecanismos de definição, a atenção aos fenômenos que se produzem dentro da opinião pública, têm estado fora do alcance da teoria materialista tomada em si mesma.

*Mi trabajo, mi intención, ha sido, por un lado, introducir - por supuesto con un uso correcto Ferrajoli no distorsionado - la clave económica Ferrajoli, por el otro lado, ver que con esta clave podemos tener en la mano un instrumento insuficiente, dado que, sin entrar en los mecanismos de psicología social no se comprende por qué el proceso de criminalización puede ser interpretado como una reproducción de las relaciones sociales, como un proceso que no solamente refleja las desigualdades de nuestra sociedad, sino que concurre a reproducirlas. Para comprender esto, que sería una tesis muy bien armonizada con la intención característica del discurso materialista, del discurso-marxista, paradójicamente tenemos que manejar instrumentos que se han producido fuera de ese discurso (Baratta, 2002, p. 414).*

Anos após a proposta apresentada quando escreveu seu livro, Baratta (2002, p. 414) passa a reanalisar, no começo dos anos 2000, a alteração do cenário desde então. O criminólogo então destaca que no plano político a principal mudança foi a queda do socialismo real. O alcance de uma teoria como a criminologia crítica, que pretende conciliar o pensamento materialista com o componente interacionista, não está simplesmente limitada à análise da sociedade capitalista (Baratta, 2002, p. 414).

Para o autor, o alcance de uma teoria não é medido como uma reação unilateral a respeito do capitalismo, pois o seu alcance é muito mais amplo, só que tem faltado o tipo que investigação que permite prosperar esta maneira de ver os problemas da criminalidade e da criminalização (Baratta, 2002, p. 414).

Baratta (2002, p. 415-416) defende que com o economicismo puro não é possível compreender o funcionamento real do sistema penal. É necessário recorrer a outras chaves para ter uma visão mais acertada da economia política da sociedade. O criminólogo deixa claro que não é que uma economia política produza uma teoria da criminalidade e da criminalização, a sua pretensão é de afirmar que uma teoria adequada pode colaborar com uma visão mais completa da própria estrutura econômica.

*Yo pienso que sobre esto tendremos ocasiones de retomar el discurso más adelante, especialmente cuando entremos a ese punto difícil de comprender Ferrajoli que es algo que tengo que hacer un esfuerzo para aceptar: que lo se llama criminalidad o lo que se llama desviación, depende de los procesos de definiciones. Es que, por*

*otro lado, tiene que haber un referente material con el cual tenemos que medirnos porque hay problemas reales, pero la criminalidad como tal es resultado de un proceso de definiciones. ¿ Cómo se explica esta aparente contradicción? Este es un tema fundamental del libro, pero solamente si logramos superar esta dificultad, yo pienso que una serie de problemas como los que hemos tratado, sobre los que hemos reflexionado hasta ahora, con respecto a la relación entre estructura económica Ferrajoli material de la sociedad Ferrajoli proceso de criminalización, se pueden comprender Ferrajoli solucionar (Baratta, 2002, p. 416).*

Segundo Mello (2011, p. 47) o traço distintivo da solução barattianna para a relação entre marxismo e criminologia seria sua concepção de marxismo aberto, ou seja, que pode ser continuado e controlado mediante a experiência e o confronto crítico a partir de resultados provenientes de enfoques teóricos diversos.

Mello (2011, p. 48) ainda destaca que o empreendimento teórico de Baratta não dependia apenas do caráter de sua concepção aberta do marxismo, mas também da própria situação das teorias criminológicas em sua relação com a ideologia do sistema penal, o que justifica o estudo realizado pelo autor em relação às teorias sociológicas da criminalidade desenvolvidas no curso do século XX.

### 2.1.3 Uma visita à crítica marxista ao direito penal

Castro (2005, p. 58) enfatiza a importância do referencial teórico marxista para a criminologia, pois, de acordo com a autora, é Marx quem cria a crítica, tendo em vista que não se contentou apenas em descrever o sistema capitalista de produção, mas foi além, para verificar que por detrás dele há uma essência anti-humana e antissocial.

A criminóloga (Castro, 2005, p. 58-59) ainda esclarece que Marx faz uma interpretação materialista do desenvolvimento histórico da humanidade que seria, portanto, resultado do enfrentamento contínuo de interesses contrários. O que pode se extrair disso é que para o alcance de um conhecimento científico coerente é necessário estudar a chamada *história constituinte*, ou seja, o início e desenvolvimento da luta entre contrários, e também o *histórico constituído*, ou seja, o momento conjuntural.

A importância do método dialético reside no fato dele englobar estes dois aspectos, permitindo compreender que os fatos sociais não estão isolados, mas articulados ao contexto histórico em que estão inseridos. Trata-se de uma perspectiva que vai absolutamente contrária às análises da criminologia positivista, por exemplo, que, ao acompanhar a tendência das ciências naturais, buscava uma compreensão universal do delito e do delinquente.

De acordo com Castro (2005, p. 62), o caráter dialético enfrenta os vícios positivistas de fragmentação do real e da separação radical entre sujeito e objeto, global e particular, público e privado, momentos essenciais para compreensão do fenômeno criminal.

Mais uma vez (Castro, 2005, p. 62), a abordagem da autora, em que pese voltada para a construção da criminologia da libertação, parte dos mesmos pressupostos epistemológicos de Alessandro Baratta. Percebe-se como a teoria marxista ganha um papel de grande destaque neste momento de surgimento da criminologia crítica.

Ao abordar o que chama de “mito do direito penal como direito igual por excelência”, Baratta parte da análise marxista acerca da desigualdade sob o ponto de vista civilista do contrato e da desigual distribuição dos recursos e das gratificações sociais.

O primeiro corresponde à contradição entre igualdade formal dos indivíduos, como sujeitos jurídicos no sistema burguês do direito abstrato, e desigualdade substancial nas posições que ocupam como indivíduos reais na relação social de produção. À igual liberdade formal dos sujeitos no momento jurídico contratual da compra e venda da força de trabalho se segue, no momento real da produção, ou seja, do consumo da força de trabalho, a subordinação e a exploração do homem pelo homem. Haver separado estes dois momentos é, nota Marx, a obra prima de abstração da economia vulgar (Baratta, 2011, p. 163).

A partir da adoção desse referencial teórico, é importante apontar as principais críticas que Baratta realiza na obra “Criminologia crítica e crítica do Direito Penal” acerca do funcionamento do sistema penal e que vão, neste primeiro momento, ser a base para a formulação de política criminal do autor.

Segundo Baratta (2011, p. 162), há um mito do direito penal como direito igual por excelência, quando, na verdade, ele não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês; pelo contrário, é o direito desigual por excelência.

Para explicar tal afirmativa, o autor esclarece que no âmbito da teoria marxista do direito há um campo de estudos que aprofundou a análise da desigualdade, partindo do ponto de vista civilístico do contrato. Do ponto de vista da distribuição, o foco de tais estudos se debruçou sobre a desigual distribuição dos recursos e das gratificações sociais, ou seja, dos atributos positivos de status, mas deixando na sombra a distribuição dos atributos negativos (Baratta, 2011, p. 162).

Realmente, são estes dois - o do contrato e o da distribuição - os pontos de vista sob os quais os textos marxistas, e em particular a Crítica do programa de Gotha, introduziram a análise do direito desigual burguês. O primeiro, corresponde à contradição entre igualdade formal dos indivíduos, como sujeitos jurídicos no sistema burguês do direito abstrato, e desigualdade substancial nas posições que

ocupam como indivíduos reais na relação social de produção. À igual liberdade formal dos sujeitos no momento jurídico contratual da compra e venda da força de trabalho se segue, no momento real da produção, ou seja, do consumo da força de trabalho, a subordinação e a exploração do homem pelo homem. Haver separado estes dois momentos é, nota Marx, a obra-prima de abstração da economia vulgar (Baratta, 2011, p. 163).

Baratta (2011, p. 163) explica que a crítica da ideologia do direito privado traz dois aspectos. O primeiro desmascara a relação desigual sob a forma jurídica do contrato entre iguais e o segundo se debruça sobre o acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades. Na sociedade capitalista<sup>38</sup>, a distribuição deriva da lei do valor que preside à troca entre força de trabalho e salário.

A partir também da teoria marxista, o criminólogo traça um paralelo advindo da crítica realizada em relação à justiça civil burguesa. A crítica da justiça penal burguesa também perpassa pelas mesmas contradições de todo o direito burguês, especialmente a contradição entre a igualdade formal dos sujeitos de direito e as desigualdades substanciais dos indivíduos, que, nesse caso, se manifesta em relação às chances de serem definidos e controlados como desviantes (Baratta, 2011, p. 164).

O autor (Baratta, 2011, p. 164) considera um progresso esse tipo de análise do sistema penal, que passa a ser visto como um sistema de direito desigual. Assim, torna-se possível lançar luz sobre o nexos funcional que liga os mecanismos seletivos do processo de criminalização com a lei de desenvolvimento da formação econômica e com as condições estruturais próprias da fase atual de desenvolvimento.

Acerca da escolha dos bens jurídicos a serem “protegidos” pelo direito penal, Baratta (2011, p. 165) afirma que, diante desse novo referencial, perde-se a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto do controle penal.

Estas justificações são de uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e

<sup>38</sup> Baratta (2011, p. 163-164) afirma que a desigualdade real na distribuição permanece ainda na primeira fase da sociedade socialista. Em que pese a alteração da estrutura econômica com a instauração da propriedade social dos meios de produção, a herança do direito burguês como direito da desigualdade caracteriza, ainda, uma sociedade em que o socialismo não está perfeitamente realizado. Diz o autor que, em tais sociedades, o princípio da distribuição não é mais do valor de troca, mas o princípio do trabalho igual (a igual trabalho, igual retribuição). Porém, a desigualdade que deriva da aplicação deste princípio formal é indicada, por Marx, no fato de que uma tal distribuição não leva em conta a diversidade de capacidades e necessidades entre os sujeitos. Segundo Baratta, a superação do direito desigual burguês pode ocorrer, portanto, somente em uma fase mais avançada da sociedade socialista, na qual o sistema da distribuição será regulado não mais pela lei do valor, não mais pela quantidade de trabalho prestado, mas pela necessidade individual.

tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamento descritos na lei, e com a diversidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação diversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais (Baratta, 2011, p. 165).

Enquanto a primeira crítica do autor (Baratta, 2011, p. 165) remete à homogeneidade da população carcerária ou preferencialmente atingida pelo sistema penal, o que pode ser confirmado pelos dados apresentados no capítulo anterior, neste momento, a crítica se dedica ao aspecto formal da criminalização através da tipificação de determinadas condutas.

O atual Código Penal Brasileiro consegue exemplificar bem tal situação. Basta um olhar aos crimes de furto (art. 155) e peculato (art. 312), o primeiro voltado para a subtração de coisas alheias móveis em geral, enquanto que o segundo remete à apropriação realizada por servidor público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Enquanto no furto a restituição ou indenização do bem pode acarretar no máximo uma redução de pena, conforme previsto no artigo 16 ou 65, III, “b” do Código Penal, no peculato o mesmo ato implica extinção de punibilidade do agente, nos termos do §3 do artigo 312 do Código Penal.

Segundo Baratta (2011, p. 165), percebe-se que, quando os tipos legais se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder, tal como apontado na legislação brasileira.

No que tange aos mecanismos de criminalização secundária, o autor (Baratta, 2011, p. 165) destaca que esse campo acentua ainda mais o caráter seletivo do direito penal, pois as maiores chances de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social. Baratta (2011, p. 165) afirma que a posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos.

A partir deste referencial, portanto, Baratta (2011, p. 162) chega a três proposições que resumem os resultados da crítica realizada ao direito penal:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

Assim, para a criminologia crítica de Alessandro Baratta, o direito penal não é apenas um sistema estático de normas, mas sim um sistema dinâmico de funções que se expressa pela criminalização primária<sup>39</sup>, secundária<sup>40</sup> e terciária, que opera através da seletividade.

Como bem coloca Andrade (2012, p. 74), o fio condutor da obra de Baratta é a problemática da violência e dos direitos humanos e o próprio sentido de humanístico enquanto unidade polar emancipatória. De acordo com a autora, a obra deve ser vista como uma grandiosa e democrática narrativa sobre a não violência.

## 2.2 Conceitos fundamentais em Alessandro Baratta

A partir da compreensão geral da teoria de Alessandro Baratta, tem-se que a criminologia crítica por ele proposta adota a epistemologia marxista, ao propor uma análise materialista do desvio. Portanto, as disparidades e desigualdades socialmente impostas são fundamentais para a existência dos processos de definição.

Percebe-se, então, que é basilar para essa concepção que o crime, o criminoso e a criminalidade sejam conceitos que não são ontológicos, mas frutos de interações sociais e cujo enfoque do autor perpassa pela situação socioeconômica dos indivíduos. Assim, a proposta de política criminal que será trabalhada pelo criminólogo só pode ser entendida a partir da adoção do ponto de vista das classes subalternas, tema este que será tratado mais adiante.

---

<sup>39</sup> No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o “carater fragmentário” do direito penal, perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas (Baratta, 2011, p.165).

<sup>40</sup> As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais) (Baratta, 2011, p. 165).

Antes, porém, de analisar como as críticas ao funcionamento do sistema penal desembocam na chamada política criminal alternativa, é necessário apresentar alguns dos principais conceitos utilizados pelo autor, que são essenciais para a conformação de sua proposta.

### 2.2.1 Realidade social e violência

Baratta (1997, p. 1) é um autor que se debruça de maneira completa sobre o conceito de Direitos Humanos, que, segundo ele, trata-se de um conceito complexo, integrado por dois elementos vinculados entre si, mediante uma relação de complementaridade e de oposição, quais seja, o homem e o direito.

A complementaridade é no sentido do que pertence ao homem enquanto tal, segundo o direito; oposição no sentido em que o direito não reconhece ao homem o que lhe pertence enquanto tal. Baratta (1997, p. 1) afirma que essa relação se deve ao fato de que, na história, tanto homem quanto direito são usualmente definidos a partir de um ponto de vista ideal.

A ideia de homem é definida em relação com a esfera de liberdade (entendida como autonomia) e com os recursos que na história dos ordenamentos políticos são reconhecidos como direitos dos indivíduos e dos grupos. A ideia do direito, ou seja, do direito justo ou da justiça é definida em relação às liberdades e aos recursos que devem ser reconhecidos às pessoas e aos grupos para que eles possam satisfazer suas necessidades. Nesta situação de tensão, o conceito de direitos humanos indica não só possível divergência entre o direito que é e o que deveria ser, mas também entre o direito que é (as normas vigentes) e os fatos (Baratta, 1997, p. 2).

O criminólogo esclarece que, quando se trata de direitos normativos, as ilegalidades referem-se a comportamentos, situações e relações sociais que violam normas positivas do ordenamento jurídico que tutelam ou reconhecem direitos humanos. Ressalta, ainda, que a presença de normas que preveem sanções e que conferem a faculdade de recursos, de um lado, e a eficácia dessas normas e a existência de estruturas adequadas para impedir ou sancionar a violação de direitos humanos, por outro lado, são aspectos integrantes da tensão fundamental entre ser e dever ser que acompanha a história dos direitos humanos (Baratta, 1997, p. 2).

Aqui é possível perceber a expressão da epistemologia adotada pelo autor e o caráter materialista de sua análise, pois afirma que busca compreender o ser humano quando considerado dentro de uma determinada fase do desenvolvimento da sociedade, isso é, um “portador” de necessidades reais. Com ênfase no conceito de capacidade, ele destaca que, na medida em que cresce a capacidade social de produção material e cultural e com ela o grau de

satisfação das necessidades<sup>41</sup>, cresce também a capacidade dos indivíduos e dos grupos (Baratta, 1997 ).

Assim sendo, podemos definir as necessidades reais como as potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-social (Baratta, 1997).

Como definição extralegal dos Direitos Humanos, Baratta (1997, p. 2 ) declara que eles constituem a projeção normativa, em termos do dever ser, das necessidades reais. Desse modo, o conteúdo normativo dos direitos humanos, entendido nessa concepção histórico-social, sobrepõe-se às suas transcrições nos termos do direito nacional e das convenções internacionais.

O autor destaca o conceito do sociólogo John Galtung<sup>42</sup> de “violência estrutural”, entendida como sinônimo de injustiça social. Baratta (1997) ressalta que, a partir da análise do sociólogo, é possível sustentar que a violência estrutural é a repressão das necessidades reais e, portanto, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social.

Para o criminólogo (Baratta, 1997), a violência estrutural é uma das formas de violência que, devido ao contexto, origina todas as outras formas. Em qualquer uma dessas maneiras, ela sempre implica a violação ou suspensão de direitos humanos. Assim, incluindo os chamados direitos individuais e também os direitos econômico-sociais, dentro da perspectiva da criminologia crítica são indicadas quatro categorias de considerações que têm relação com o papel do direito penal e as alternativas a este (Baratta, 1997).

A primeira consideração refere-se aos limites do sistema de justiça criminal como reação à violência e defesa dos direitos humanos; a segunda refere-se ao sistema punitivo como sistema de violência institucional; a terceira, ao controle social alternativo da violência e, a quarta, à concepção da violência e da defesa dos direitos humanos no contexto dos conflitos sociais (Baratta, 1997).

Baratta (1997 ) entende que a violência criminal é somente uma ínfima parte da violência na sociedade e no mundo, e o modo como o sistema de justiça criminal intervém sobre este limitado setor da violência, que é “construído” através do conceito de

<sup>41</sup> Uma concepção similar pode ser encontrada na obra de Marx. Ao desenvolvimento das forças produtivas na sociedade corresponde, como escrevem Marx e Engels em *Deutsche Ideologie*, uma “maneira humana” de satisfação das necessidades; mas esta maneira humana é obstruída pela tentativa permanente de se impor uma “maneira desumana”, ou seja, aquela na qual a satisfação das necessidades de uns produz-se à custa da satisfação das necessidades dos outros (Baratta, 1997 )

<sup>42</sup> O sociólogo discorre sobre a discrepância entre as condições potenciais da vida e as condições atuais. As primeiras são aquelas que seriam possíveis para a maioria dos indivíduos na medida do desenvolvimento da capacidade social de produção. As segundas se devem ao desperdício e à repressão destas potencialidades (Baratta, 1997).

criminalidade, é estruturalmente seletivo, o que o autor entende ser uma característica de todos os sistemas penais.

Dessa maneira, percebe-se a relação entre as desigualdades e a forma de funcionamento do sistema penal, já que nessa abordagem a imunidade e a criminalização são realizadas segundo a lógica das desigualdades nas relações de propriedade e de poder. A imunidade mencionada refere-se aos crimes mais graves cometidos pelas chamadas minorias privilegiadas, que busca reprimir as exigências de progresso e a justiça de grupos e movimentos sociais (Baratta, 1997).

A resposta penal sobre a violência, portanto, acaba sendo mais simbólica que instrumental. Sobre isso, pode-se destacar quatro aspectos que são fundamentais para a compreensão da razão desse mero simbolismo:

- a. O controle penal intervém sobre os efeitos e não sobre as causas da violência, isto é, sobre determinados comportamentos através dos quais se manifestam conflitos e não sobre os conflitos propriamente ditos.
- b. O controle penal intervém sobre pessoas e não situações. A pessoa é considerada pelo direito penal como uma variável independente e não como uma variável dependente das situações.
- c. O controle penal intervém de maneira reativa e não preventiva. Com isto quero dizer que ele intervém quando as consequências das infrações já se produziram, mas não efetivamente para evitá-las. Qualquer progresso que se possa realizar com relação à ampliação dos direitos das vítimas, que tendem a ser os sujeitos mais lesados nas situações conflituosas nas quais intervém o sistema de justiça penal, não altera o fato de que o referido sistema só passa a atuar quando as pessoas já se transformaram em vítima. As consequências da violência não podem ser eliminadas efetivamente, apenas simbolicamente. Por esta razão, o sistema de justiça punitivo se apresenta como uma forma institucional e ritual de vingança. Tal como a vingança ele intervém com a pena, em forma de violências para compensar simbolicamente um ato de violência já realizado.
- d. Finalmente, o resultado da intervenção do sistema de justiça criminal (a sentença e sua execução) não é imediatamente posterior à prática do delito. Há um atraso no processo de intervenção penal. Não obstante, no momento do juízo se considera o acusado como o mesmo indivíduo do momento da realização do delito; mas sabemos que isto é uma ficção, a ficção da identidade do sujeito, que não corresponde à realidade (Baratta, 1997).

Baratta (1997) busca enfatizar que a resposta penal tem a pretensão de cumprir uma função de defesa social e de controle da criminalidade baseado nas clássicas teorias da pena, as quais as pesquisas empíricas já demonstraram serem falsas. A pena, então, não pode ser considerada como um instrumento de defesa adequada dos direitos humanos em relação à violência, e isso é um ponto muito importante nessa abordagem, pois refuta as concepções clássicas quanto à função e à justificação da pena.

Para o criminólogo (Baratta, 1997), a sanção penal teria um papel apenas de reafirmação da validade da norma, não obstante sua violação. O argumento sustentado é de que a pena não pode cumprir uma função instrumental, mas apenas a simbólica.

A análise do autor não prescinde de uma das críticas mais enfatizadas pela criminologia, que diz respeito às funções não declaradas do sistema penal e de como esse sistema, na verdade, é utilizado como mecanismo para acentuar as desigualdades já existentes na sociedade.

Baratta (1997) entende que desse ponto de vista a pena apresenta-se como violência institucional que cumpre a função de instrumento de reprodução da violência estrutural por meio da supressão das necessidades reais. O autor destaca, inclusive, que as pessoas consideradas responsáveis penalmente têm determinados direitos suspensos pelo *ius puniendi* com justificativa nas funções instrumentais e simbólicas da pena.

Ocorre que, segundo o criminólogo, tais funções não são úteis aos fins que se propõe e, em uma clara referência ao alto número de prisões cautelares, afirma que na grande maioria dos casos essa suspensão de direitos se dá com imputados à espera de julgamento, tratando-se de uma pena extralegal ou antecipada, o que acontece, em geral, com acusados oriundos dos grupos sociais mais vulneráveis e marginalizados (Baratta, 1997).

Baratta (1997) ainda considera que mesmo uma prisão de acordo com os padrões mínimos determinados pelos acordos internacionais para tutelar os interesses do condenado também iria produzir uma situação de privação e sofrimento que acaba ultrapassando a figura do preso para o seu ambiente social mais próximo.

O estudo das funções latentes da prisão e, em geral, da justiça penal, bem como as análises históricas dos sistemas de punição mostram as relações que subsistem entre tal estudo e a reprodução do status quo nas relações sociais. Desde seu início, a instituição carcerária moderna, nas formas em que ela ainda não se distinguiu das casas de trabalho ou dos asilos para pobres e marginais, tem sido sempre uma instituição de disciplina dos grupos marginalizados na sociedade. Também hoje, a maior parte da população penitenciária é recrutada entre os setores mais vulneráveis e marginalizados da população (Baratta, 1997).

Segundo o autor (Baratta, 1997), a imagem da criminalidade promovida pela prisão e a percepção dela como uma ameaça à sociedade, minimiza ou ignora a relação com os conflitos sociais ao gerar um desvio da atenção do público, que se dirige ao “perigo da criminalidade” no lugar de se dirigir à violência estrutural. O debate, portanto, passa a girar em torno da violência criminal, de maneira a ocultar a questão mais ampla, o que fomenta as campanhas

de “Lei e Ordem” e se transforma em um instrumento de consenso das maiorias silenciosas frente às relações de poder existentes (Baratta, 1997).

“Trata-se de uma tentativa particularmente perversa - de legitimar a injustiça nas relações sociais (a repressão violenta da exigência de justiça), o uso público da doutrina da ‘segurança nacional’ e da pena legal e extralegal como guerra ao inimigo interno”, nas palavras de Baratta (1997).

O criminólogo (Baratta, 1997) realiza um diagnóstico do sistema penal como ele é, e não como deveria ser, para declarar que esse sistema atua não como meio de proteção de direitos humanos, mas como violação desses. Tais violações já foram e ainda são expostas por instituições e comissões de direitos humanos nacionais e internacionais, com ilegalidades cometidas por órgãos de polícia no processo penal e na execução das penas.

Conforme tratado no primeiro capítulo desta pesquisa, no Brasil isso é evidenciado através da declaração do STF quanto ao Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário nacional, além de diversos estudos e levantamentos produzidos por diversas instituições que demonstram o caráter violador desse sistema. Ademais, como já tratado também, percebe-se o caráter seletivo que predomina no sistema como um todo e reflete na composição da população por ele atingida, o que muito tem a ver com a questão classista, somente, mas também com o racismo.

Baratta (1997) afirma que, diante de um quadro de violações de extrema gravidade, torna-se possível falar de um sistema penal extralegal de penas extrajudiciais, no qual se constitui como um fenômeno que pode ser estudado como o exercício arbitrário da violência penal de grupos ou da violência institucional para a manutenção da violência estrutural, bem como a repressão das pessoas e movimentos que tentam reduzi-la.

Aqui, é válido mencionar que Lola Aniyar Castro (2005, p. 128) aborda acerca do sistema penal subterrâneo. A autora afirma que, dada as características de funcionamento, é possível afirmar que na América Latina existe um sistema subterrâneo que opera nos diferentes níveis do sistema social, ou seja, tanto no controle formal quanto no informal.

O fenômeno pode ser observável no sistema penal, tendo em vista que boa parte do controle social acaba por desembocar nesse sistema. Assim, no processo de criminalização de condutas percebe-se que existe um movimento de não criminalização de condutas de grave dano e custo social. Em contrapartida, ocorre a criminalização de condutas facilmente localizáveis nas classes subalternas. Ademais, as legislações são seletivas, o que facilita o encaminhamento ao sistema de pessoas mais vulneráveis (um exemplo é o uso do termo ordem pública). Por fim, lida-se com a existência de grandes cifras de detidos esperando

juízo e um sistema sancionatório que funciona às margens das pautas do sistema penal aparente (Castro, 2005, p. 128-129).

No processo de criminalização de condutas, a criminalização primária é exercida através de estereótipos e da manutenção da marginalidade social, que priva os indivíduos de direitos humanos; a presunção de inocência é violada no controle social; no plano prático, há procedimentos diferenciados para membros das classes subalternas; e o direito de defesa é mitigado quando as defensorias públicas de presos pobres estão sobrecarregadas de casos (Castro, 2005, p. 130-132).

A autora (Castro, 2005, p. 132) acaba por desenvolver de maneira bem objetiva, a partir da ótica da realidade latino-americana, o que Baratta identifica, ou seja, a existência de um sistema penal extralegal que funciona concomitantemente ao discurso oficial que sustenta um sistema pautado na igualdade. Em que pese o diagnóstico pessimista realizado por Baratta, ao avaliar a relação dos direitos humanos com o sistema penal, é muito importante mencionar que, em certa medida, o autor vai defender a possível legitimação do uso desse sistema como forma de proteger direitos (Baratta, 1997).

Tal concepção parece ter um caráter contraditório, mas, segundo o criminólogo, a função simbólica exercida através de um uso correto e rigoroso da justiça penal pode, em certas circunstâncias, representar um momento de ação civil e política para a defesa e reafirmação dos direitos humanos (Baratta, 1997).

Dois exemplos não muito recentes mas atuais se deram nos movimentos pela reforma das normas referentes à violência sexual que se concretizaram, em grande parte, devido à força dos movimentos feministas de certos países e no grande movimento popular que sustentou, imediatamente após a reinstauração da democracia na Argentina, os processos contra os generais responsáveis pelas violações dos direitos humanos durante a ditadura. Também a exigência civil democrática visando eliminar a impunidade dos paramilitares e pistoleiros em certos países nos quais eles estão na ordem do dia pode representar uma propaganda legítima para a função simbólica da pena, um elemento de uma ação dirigida ao reestabelecimento da legalidade e da paz (Baratta, 1997).

No que tange ao contexto brasileiro, pode-se destacar, ainda que não seja o foco desta pesquisa, a Lei 11340/06, chamada de Lei Maria da Penha, como mecanismo que instituiu um sistema de proteção especializada para mulheres vítimas de violência doméstica, que tem como uma de suas ferramentas o sistema penal, seja através do regramento específico do processo penal em relação a esses crimes (inaplicabilidade de penas restritiva de direitos, regras mais rígidas para a desistência da representação em crimes de ação penal condicionada

etc.) seja pela reestruturação do sistema de atendimento para essa mulher, desde a delegacia até em juízo.

Entretanto, o autor mantém sua crítica para o uso do sistema penal com a finalidade de controle de situações que ele chama de “irrefreável negatividade social<sup>43</sup>”, como na proibição penal de certas drogas e no campo da ecologia. Ele considera que não se produz uma concentração da atenção e dos recursos em políticas de controle, mas foca-se em casos que não tem por objeto as situações as quais realmente surgem os problemas que se pretende resolver, contribuindo, por fim, para diminuição e não o aumento da defesa dos direitos humanos (Baratta, 1997).

Ocorre que, diante dessa análise quanto às funções latentes desse sistema, Baratta (1997) identifica uma necessidade de serem postas em prática estratégias de controle social mais justas e eficazes, frente às situações de “negatividade social”. Como uma tentativa de evitar contradições em suas proposições teóricas (o que será analisado mais à frente), o autor afirma que este controle social alternativo deverá ter características opostas àquelas próprias do sistema de justiça criminal, de forma a impedir as injustiças e a ineficácia já abordadas.

Deve ser um controle baseado numa estratégia global que leve em consideração toda a fenomenologia da violência e não apenas uma pequena parte dela; naturalmente, globalidade não significa homogeneidade dos instrumentos usados pelo controle, mas sim uma diferenciação adequada deles, inclusive dentro de uma estratégia geral (Baratta, 1997).

O autor enfatiza a necessidade de que essa estratégia seja fundamentada nos princípios da igualdade e da legalidade para evitar a discriminação dos mais fracos e a impunidade dos mais fortes (Baratta, 1997). O criminólogo expressamente atribui uma função a esse controle alternativo, nos seguintes termos:

Como garantia das pessoas a ele submetidas, deve funcionar segundo regras gerais que coíbam arbitrariedades e formação de posições de poder decorrentes de uma excessiva discricionariedade de intervenção. Também na defesa dos direitos humanos, deve-se respeitá-los até onde seja possível, uma vez que um certo nível de lesão é inerente à aplicação de uma sanção (Baratta, 1997).

---

<sup>43</sup> De acordo com Baratta (2011, p. 85), a partir das teorias sociológicas é possível considerar que a distinção entre um comportamento criminoso e não criminoso depende menos de uma atitude interior boa ou má, social ou antissocial, valorável positiva ou negativamente pelos indivíduos, do que da definição legal que, em um dado momento, distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito. Por debaixo do problema da legitimidade do sistema penal como critério de orientação para o comportamento socialmente adequado e, portanto, de discriminação entre conformidade e desvio, aparece como determinante o problema da definição do delito, com as implicações político-sociais que revela, quando este problema não seja tomado por dado, mas venha tematizado como centro de uma teoria da criminalidade. Foi isto o que aconteceu com as teorias da “reação social”, ou *labeling approach*, hoje no centro da discussão no âmbito da sociologia criminal.

O que é possível notar é que a alternativa trabalhada pelo autor não é totalmente desvinculada da ideia de punição, ou seja, determinadas condutas podem ser punidas, porém os critérios utilizados e a forma com que isso será realizado serão de uma maneira que se afastem dos problemas reais desse sistema penal.

Segundo Baratta (1997), esse controle deve ser eficaz e isso implica se dirigir às causas e não somente às manifestações dos conflitos e da violência; ter por objeto situações, e não somente o comportamento dos atores; quando possível aplicar meios de compensação e restituição para as vítimas; e considerar o infrator na sua identidade atual.

Reconhece ainda o criminólogo a necessidade de se falar que a prevenção da violência estrutural é, ao mesmo tempo, parte do conflito social e da ação política no seu interior (Baratta, 1997). Nesse ponto, tem-se um avanço na forma de compreensão do papel da criminologia e da concepção de sistema penal em relação à sociedade como um todo.

O autor afirma que uma característica geral do pensamento penal e criminológico é o que ele chama de “despolitização”, ou seja, o entendimento de que se trata de um campo, uma ciência do comportamento individual e de uma técnica de resposta a ele. Dessa forma, os sujeitos e comportamentos a controlar são os “criminosos”, e os “crimes” e as técnicas a serem utilizadas são a pena e a chamada “política criminal” de maneira geral (Baratta, 1997).

A criminologia crítica trouxe uma maior complexidade para essa discussão ao demonstrar, como já falado, que os comportamentos criminais não são “distintos” de outros, mas que em relação aos conflitos e à violência estrutural só ocasionalmente intervêm os fatores definidos socialmente como criminais (Baratta, 1997).

É necessário, portanto, restituir às situações conflituosas sua dimensão política dentro de uma análise não restritiva, mas realista dos conflitos sociais. De acordo com o criminólogo, o princípio geral da prevenção corresponde à estratégia do controle democrático da violência (Baratta, 1997).

Isto significa que os portadores das necessidades reais, de direitos humanos, unem-se para uma articulação autônoma de suas próprias necessidades e direitos e para a criação de instrumentos públicos que atuem efetivamente a seu favor. O princípio da “autonomia de articulação das necessidades e dos direitos” realizasse através de uma comunicação livre do poder entre os portadores e pressupõe a construção e manutenção da democracia representativa e participativa. Ou seja, pressupõe que o exercício dos poderes públicos e a atividade dos órgãos do Estado não sejam expressões de um poder alienado da vontade popular e dos interesses gerais. Neste sentido, a luta por um sistema penal mais justo e por um sistema de defesa dos direitos humanos melhor que o atual sistema de justiça criminal é um dos âmbitos de luta pela democracia e pela justiça social (Baratta, 1997).

O controle social alternativo, na visão do autor, é o meio necessário para a efetivação dos Direitos Humanos e o combate à violência estrutural. É perceptível que, a partir das críticas traçadas pela criminologia, Baratta procura vias alternativas de ainda sim prover alguma espécie de controle. A concepção do criminólogo acaba demonstrando um afinamento com determinadas correntes do movimento abolicionista penal, como será demonstrado a seguir.

### 2.2.2 As influências abolicionistas

Na classificação apresentada por Vera Andrade (2012, p. 265) Baratta se enquadraria no campo de autores que encaram o direito penal mínimo como meio ao abolicionismo, ou seja, metodologias e táticas de curto e médio prazos de transição para o abolicionismo.

De acordo com a autora (Andrade, 2012, p. 258), entre os modelos teóricos mais expressivos estão o de Alessandro Baratta (de base interacionista-materialista), o de Eugenio Raúl-Zaffaroni (de base interacionista, foucaultiana e latino-americanista) e o de Luigi Ferrajoli (de base liberal iluminista). Nesta pesquisa, tenta-se traçar uma conversa entre os modelos de Baratta e Ferrajoli.

Andrade (2012, p. 260) esclarece que abolicionismo e minimalismo são as matrizes que passam a ocupar o cenário do controle social e das políticas criminais nas sociedades capitalistas a partir da década de 1970. Trata-se, portanto, de um contexto de deslegitimação dos sistemas penais diante de um cenário de consolidação do paradigma da reação ou do controle social e seus desdobramentos críticos e periféricos de importância fundamental.

Shecaira (1997, p. 7) afirma que, após a compreensiva análise dos teóricos do *labeling approach*, surge um grupo de pensadores que aprofunda a análise criminológica, ampliando a crítica ao sistema punitivo. De acordo com o autor, estes teóricos ficaram genericamente conhecidos como abolicionistas.

A partir da constatação de que o direito penal é uma instância seletiva e elitista, constroem os abolicionistas uma crítica analítica, compreensiva e descritiva que permite repensar as instâncias punitivas. São legados dos abolicionistas, dentre outros, o impulso ao estudo da criminalidade do colarinho branco, do racismo, imperialismo, discriminação sexual, belicismo e delitos ecológicos (Shecaira, 1997, p. 7).

O movimento abolicionista não é homogêneo<sup>44</sup>, mas com diversas abordagens, inclusive mais contemporâneas. Contudo, de modo geral, pode-se encontrar como característica comum o objeto que não é a abolição ou minimização apenas do direito penal (como programa normativo), mas do sistema penal em que se institucionaliza o poder punitivo do Estado (Andrade, 2012, p. 260).

Nesse contexto, entende-se por sistema penal a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, prisão, entre outros), a totalidade das normas (Constituição, lei penal, processual penal e de execução penal, tratados e convenções internacionais etc.), dos saberes e categorias cognitivas (dogmáticas penal, processual penal, criminologia, medicina legal, políticas criminais) que programam e legitimam ideologicamente a sua atuação e os seus vínculos com a mecânica de controle social global (família, escola, universidade, mídia, mercado de trabalho, instituições financeiras, corporações etc.), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivos que se enraízam, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais (Andrade, 2012, p. 261).

Importante deixar claro que o abolicionismo funciona em dois planos: o acadêmico e o do movimento social. O primeiro dialoga com intelectuais do sistema penal e com cidadãos através da criação de parcerias. O segundo mostra os equívocos do sistema penal e propicia a vivência de novas práticas, de maneira a consolidar possibilidades que evitem redimensionamentos ou restaurações punitivas (Passetti; Silva, 1997, p. 12).

A característica mencionada é, até os dias atuais, uma das mais interessantes dentro do campo de correntes teóricas que se debruçam sobre o sistema penal. Isso se dá em razão do aspecto prático que decorre da expressão do abolicionismo penal como movimento social, ou seja, direto com o que vem das ruas e, especialmente, de quem é atingido por esse sistema.

Andrade (2012, p. 255) afirma que uma das características mais comuns dos líderes abolicionistas é a de terem fundado grupos de ação ou de pressão contra o sistema penal e de terem levado adiante movimentos ou organismos<sup>45</sup> com a participação de técnicos, presos,

<sup>44</sup> Como perspectiva teórica, o abolicionismo se desenvolve gradualmente a partir das teorias de rotulação social e do pensamento originário de Taylor, Walton e Young. Nos primeiros anos da década de 70 apareceram trabalhos individuais, mas eles vão ter sua grande arrancada como discussão acadêmica a partir do Congresso Mundial de Criminologia, realizado em Viena, no ano de 1973, quando o abolicionismo passa a se apresentar como um movimento acadêmico e organizado (SHECAIRA, 2021, p. 310).

<sup>45</sup> Foucault fundou o “Grupo de Informação sobre os cárceres” (*Groupe d’Information sur les Prisons*); Hulsman iniciou a “Liga Coorhert”, a qual entre outras ações apresentava todos os anos um orçamento alternativo para o Ministério da Justiça; Mathiesen fundou o KROM (1969) norueguês, abreviatura de *Norsk Forening for Kriminal Reform* (Associação Norueguesa para a Reforma Penal) e seus contrapontos escandinavos são o KRUM (Suécia, 1966) e o KRIM (Dinamarca e Finlândia, 1967), organizações que, sob amparo dos projetos abolicionistas, declaram como objetivo estratégico a abolição do sistema carcerário. Na Inglaterra, existem as “Radical Alternatives to Prison (RAPS), com defensores inclusive nos Estados Unidos da América (Andrade, 2012, p. 256).

liberados, familiares e simpatizantes, ou seja, pessoas com experiência prática no campo da criminalização.

É muito importante compreender corretamente o que constitui tal movimento teórico, principalmente ao considerar que o campo abolicionista é um dos mais criticados e rejeitados, inclusive em ambientes acadêmicos. Isso ocorre, em grande parte das vezes, por uma compreensão errônea ou demasiadamente simplista acerca de seus objetivos.

Passetti e Silva (1997, p. 14) esclarecem que o abolicionismo descarta revoluções globalizantes, pois não objetiva tomar lugar de legisladores, não se coloca como discurso da verdade e tampouco pretende acusar ou inocentar indivíduos ou grupos sociais. Esse campo teórico apenas busca olhar para o “crime” como situações-problemas, nas quais a relação indivíduo-indivíduo assume o primeiro plano.

Para Guilherme e Ávila (2017, p. 138), os autores clássicos têm um papel fundamental e é impossível pensar em abolicionismo penal sem a leitura de Hulsman, Christie e Mathiesen, porém tais autores não propuseram um modelo fechado de visão de mundo.

Como coloca Ávila (2017, p. 145), deve-se falar em abolicionismos, cada um com seus percursos, uns mais ou menos estratégicos. Apesar da diversidade, a principal denúncia dos abolicionismos é da ineficácia do sistema penal e a exposição de suas vísceras ao desmascarar as finalidades da pena como inatingíveis.

Os abolicionistas elencam algumas razões para abolir o “problema” que é o sistema penal. Dentre elas, destacam-se: a ideia de desnecessidade de uma intervenção tão radical para a resolução de conflitos; o fato de que as normas do sistema não cumprem as funções esperadas; e o sistema é seletivo e estigmatizante (Shecaira, 2021, p. 312).

Andrade (2012, p. 256-257) afirma que, dentre os diferentes tipos de abolicionismo, os seus principais protagonistas são: a variante estruturalista do filósofo e historiador francês Michael Foucault; a variante materialista de orientação marxista, do sociólogo norueguês Thomas Mathiesen; e a variante fenomenológica do criminólogo holandês Louk Hulsman, e poderia ser acrescentada a variante fenomenológica-historicista de Nils Christie.

Na verdade, existem diferentes abolicionismos e, sem dúvida, é até possível falar-se de um abolicionismo anárquico, de longa data, resultado, por mais paradoxal que pareça, de uma formidável confiança jusnaturalista; o racionalismo, o positivismo, o cristianismo, etc., cederam lugar a “jusnaturalismos” que, levados ao extremo, acabam postulando a dispensabilidade do direito positivo na crença de que as leis “naturais”, liberadas do poder estatal, seriam suplementos para regular e resolver as relações e conflitos sociais. Assim, Baldwin deu lugar a um anarquismo liberal, Kropotkin a um anarquismo positivista, Tolstoi a uma versão cristã, etc. (Zaffaroni, 2001, p. 97).

Segundo Zaffaroni (2001, p. 97), deve-se atentar para o objeto de discussão, que no caso refere-se ao abolicionismo radical do sistema penal, ou seja, sua radical substituição por outras instâncias de solução dos conflitos. Tal objeto surge, afirma o autor, como resultado da crítica sociológica ao sistema penal.

O criminólogo (Zaffaroni, 2001, p. 97) afirma que foi produzida uma literatura considerável sobre o tema, principalmente por autores do norte da Europa, em especial os escandinavos e holandeses. O abolicionismo representa para Zaffaroni (2001, p. 98) a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até por seus mais severos críticos, como será visto no próximo capítulo.

Na obra “Em busca das penas perdidas” de 1991, Zaffaroni apresenta uma síntese dessas principais vertentes do movimento abolicionista, o que é importante para entender a relação de Alessandro Baratta com tais teorias. Aqui, o destaque vai para os autores clássicos, já mencionados acima, que constituem a base de discussão proposta neste trabalho. Eis que não é a intenção desta pesquisa esgotar o tema do abolicionismo, mas apenas demonstrar sua importância, especialmente na criminologia crítica.

Zaffaroni (2001, p. 98) afirma que, para Hulsman, o sistema penal se constitui como um problema em si mesmo e, diante de sua crescente inutilidade na solução de conflitos, torna-se preferível aboli-lo totalmente como sistema repressivo. São três os motivos que são fundamentais para tal: é um sistema que causa sofrimentos desnecessários e que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob o controle.

A proposta de Hulsman, portanto, defende uma substituição direta do sistema penal por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas. O autor, para tanto, defende uma mudança até mesmo na linguagem, a fim de suprimir categorias como “crime” e “criminalidade”, sob a justificativa de que escamotear, na realidade, uma variedade imensa de conflitos que não desaparecerão com a supressão do sistema penal (Zaffaroni, 2001, p. 99).

A proposta é de redefinir esses conflitos como “situações problemáticas” para encontrar soluções efetivas, ou seja, que envolvam diretamente as partes, similar a modelos de solução de conflito (compensatório, terapêutico, educativo, assistencial, etc.) que, diferentemente do modelo punitivo, podem ser realizados de maneira conjunta.

Mathiesen, por sua vez, de acordo com Zaffaroni, pode ser considerado o “estrategista do abolicionismo”. Sua tática abolicionista encontra-se estritamente vinculada com o marxismo, pois ele atrela a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista. Dessa

forma, sua proposta visa não apenas à abolição do sistema penal, como também a de todas as estruturas repressivas da sociedade (Zaffaroni, 2001, p. 99).

Nessa concepção, Mathiesen estabelece que o movimento abolicionista deve ter uma permanente relação de oposição e de competição com o sistema, ou seja, é preciso manter diferentes pontos de vista sobre as bases teóricas e uma ação política prática fora do próprio sistema (Zaffaroni, 2001, p. 99).

Já sobre o abolicionismo de Nils Christie, Zaffaroni (2001, p. 100) considera que ele apresenta muitos pontos de contato com Hulsman. Os argumentos, porém, são fundamentados sobre a experiência histórica e o autor destaca a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter dissolvente das relações de horizontalidade e os consequentes perigos e danos da verticalização corporativa.

Discordando de Durkheim<sup>46</sup>, Christie afirma que o melhor exemplo de solidariedade orgânica é proporcionado pelas sociedades limitadas, cujos membros não podem ser substituídos, diferente do que ocorre nos grandes grupos, nos quais os papéis são trocados com facilidade através do mercado de trabalho, de maneira a tornar os excluídos deste mercado candidatos ideais para o sistema punitivo (Zaffaroni, 2001, p. 101).

Acerca de Foucault, Zaffaroni (2001, p. 101) afirma que ele foi um abolicionista especialmente por considerar o sujeito cognoscente como um produto de poder, o que levaria a uma posição que secundariza e relativiza a questão antropológica. O criminólogo ressalva que esta talvez não tenha sido a intenção de Foucault, já que seu objetivo era descrever uma forma de conhecimento da sociedade industrial e não a questão em si.

Em referência direta a teses coincidentes com o abolicionismo, Foucault, por um lado, assinala, acertadamente, a forma pela qual o poder expropriou os conflitos no momento da formação dos estados nacionais e, por outro, nega o modelo de uma parte sobreposta ao litigante, como instância superior decisória, o que se evidencia em sua discussão com os maoístas, ao criticar o conceito de “justiça popular” (Zaffaroni, 2001, p. 102).

Em uma abordagem mais contemporânea, Passetti (2012, p. 16) afirma que o abolicionismo não é só uma utopia que constata exclusões e discriminações, mas também uma

---

<sup>46</sup> Durkheim entende que o processo de modernização faz a sociedade progredir, com a passagem da solidariedade mecânica para a orgânica e a consequente diminuição do componente punitivo. A esse respeito, Christie afirma que “Durkheim era um produto específico da cultura urbana francesa. Durkheim concorda com a segunda opinião, a qual ver um índio é já vê-los todos, ao passo que, entre os povos civilizados, dois indivíduos são imediatamente percebidos como diferentes entre si. Este preconceito o impede de ver tanto a soma das variáveis típicas das sociedades numericamente limitadas, como os problemas de controle das sociedades mais extensas” (Zaffaroni, 2001, p. 101).

prática de liberdade que não desconhece o poder de promotores, juízes, advogados e todos aqueles que integram o sistema de alguma maneira.

O abolicionismo penal é mais do que a abolição do direito penal ou da prisão moderna. Ele problematiza a sociabilidade autoritária que funda e atravessa o Ocidente como pedagogia do castigo em que, sob diversas conformações históricas, atribui-se a um superior o mando sobre o outro. Abala o domínio no qual a criança e o jovem encontraram-se confinados à condição de assujeitamento imposto pela obediência às hierárquicas regras da educação na infância e na adolescência e ao modelo do adulto legitimador de mentiras necessárias (Passetti, 2012, p. 16)

O autor esclarece que o movimento teórico não é ingênuo como pode parecer ou como é superficialmente criticado. Passetti (2012, p. 27) explica que o abolicionismo não desconhece as implicações de poder e de domínio resultantes da relação entre direito penal e ciências humanas e posiciona-se favoravelmente a tomadas de decisão que abdicuem da aplicação universal da lei e da uniformidade dos procedimentos para tratar cada caso com singularidade.

Ele (Passetti, 2012, p. 27-28) também diferencia o abolicionismo como itinerário, como aquele proposto por Nils Christie e Thomas Mathiesen, pois esse deve ser percorrido por meio da crítica histórica ao domínio do direito de classe. Já o abolicionismo de percurso se aproxima do libertarismo e realiza a intensidade da vontade de querer na atualidade, atuando estrategicamente na possível quebra da uniformidade.

Ambos os abolicionismos não se excluem, mas compõem estratégias. De maneira análoga pela qual Hulsman se aproxima de Foucault e daqui se abrem perspectivas libertárias indicadas pelos anarquistas desde William Godwin, no final do século XVIII. Christie e Mathiesen aproximam o abolicionismo da criminologia crítica e desta maneira, segundo os acontecimentos, as possibilidades de reversão do direito penal para as singularidades das situações-problema estão colocadas e dependendo do querer das pessoas. De fato, para estes, a abolição do castigo é uma nova moral, enquanto, para os libertários, a abolição do castigo, ao começar em cada um, é uma ética que se elabora na invenção da vida e de outros costumes para viver. O abolicionismo penal provoca, como se pode notar, uma escolha entre certeza no saber e vontade de querer, movendo seus integrantes para fluxos diferentes, ainda que não deixem de se tocar (Passetti, 2012, p. 28).

Assim, percebe-se que existem diferentes abolicionismos, tanto no plano teórico quanto prático, o que torna complexa a tarefa de compreendê-los e de trabalhar com eles. Diante disso, fica claro que não se pode dizer que as lutas abolicionistas são receitas estáticas e totalizadoras, de modo que as práticas abolicionistas podem ser exercidas, inclusive, cotidianamente (Andrade, 2020, p. 45-47).

Dentro desse contexto teórico, pode-se identificar em Baratta traços de um discurso que vai de encontro, especialmente, à abordagem dos abolicionistas clássicos. O próprio autor menciona que é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista (Baratta, 2011, p. 190), tal como afirma Mathiesen.

Também, quando Baratta (2011, p. 202) afirma que a estratégia de despenalização, como parte da política criminal alternativa, significa também a substituição das sanções penais por formas de controle legal não estigmatizantes é possível notar como o pensamento do criminólogo se coaduna com as propostas de Louk Hulsman.

[...] É preciso denunciar as culpabilizações artificiais que este sistema produz. Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente “desviante” e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente (Hulsman, 1997, p. 69).

Afirma o autor que a utopia “concreta” de uma drástica redução do sistema penal é acolhida como uma base séria de discussão em prestigiosas sedes oficiais de estudo e elaboração das políticas criminais (Baratta, 2002, p. 297). Não somente representam um princípio regulador para levar a cabo reformas que não sejam meras racionalizações dos sistemas existentes, mas, sobretudo, indicam a necessidade de se adotar um ponto de vista externo e de ser capaz de promover uma transformação real desse sistema (Baratta, 2002, p. 297).

Baratta (2002, p. 379), ao analisar a teoria da pena, afirma o seguinte;

*En estos dos extremos en los cuales se polariza hoy la teoría de la pena, se cometen dos errores iguales Ferrajoli contrarios. En el primer caso, en la teoría del castigo Ferrajoli/lo de la neutralización, se incurre en lo que en la filosofía práctica se denomina la “falacia naturalista”: se elevan los hechos a normas o se pretende deducir una norma de los hechos. En el segundo caso, con la nueva teoría de la resocialización, se incurre en la “falacia idealista”: se coloca una norma contradictoria que no puede ser realizada, una norma imposible.*

Segundo o autor, essas não são as únicas alternativas. Ele afronta o problema da ressocialização dentro de um contexto da criminologia crítica que apresenta a vantagem de ser realista ao fato de que o cárcere não pode produzir efeitos úteis para a ressocialização do condenado (Baratta, 2002, p. 379).

Apesar disso, segue o criminólogo, a finalidade de reintegração do condenado não deve ser abandonada, mas sim reinterpretada e reconstruída sobre uma base diferente. Para

tanto, necessário remeter ao conceito sociológico de reintegração social e da ideia de que todo reformismo tem seu limite (Baratta, 2002, p. 380).

Baratta (2002, p. 380) afirma que a reintegração social do condenado não se deve perseguir através da pena, mas apesar dela, ou seja, buscando serem menos negativas às condições de vida do cárcere. Ainda sim, o autor entende que qualquer passo para melhorar o processo do encarceramento provém de uma vontade de mudança radical e humanista, e não de um reformismo tecnocrático cujas finalidade e funções sejam de legitimar, através de qualquer melhoramento, a instituição carcerária em seu conjunto.

Apesar de esto, todo reformismo tiene sus límites si no forma parte de una estrategia reduccionista a corto Ferrajoli mediano plazo, Ferrajoli abolicionista a largo plazo, respecto a la institución misma. Para una política de reintegración social de los autores de delitos, el objetivo inmediato no es solamente una cárcel “mejor” sino también Ferrajoli sobre todo, menos cárcel. Se trata de considerar seriamente, como política a corto Ferrajoli mediano plazo, una drástica reducción de la aplicación de la pena carcelaria, así como llevar al mismo tiempo al máximo desarrollo las posibilidades ya existentes de régimen carcelario abierto Ferrajoli de realización de los derechos del detenido a la instrucción, al trabajo Ferrajoli a la asistencia, a la vez que desarrollar más estas posibilidades en el plano legislativo Ferrajoli administrativo (Baratta, 2002, p. 379-380).

Percebe-se que Baratta traça um diálogo com o abolicionismo, de maneira a integrá-lo dentro da sua proposta de política criminal, abraçando, assim, as principais características dos autores clássicos. Em função disso, Andrade o classifica como um dos que defende o minimalismo como meio, pois não se afasta da utopia que dá fim ao sistema penal.

### **2. 3 A proposta da Política Criminal Alternativa**

Estabelecidas as bases de sua teoria, o autor Baratta (2011), sem deixar de lado o enfoque materialista, apresenta o que seria a principal tarefa dos representantes da criminologia crítica: a formação de uma estratégia autônoma e alternativa do setor do controle social, ou seja, uma política criminal das classes atualmente subordinadas.

Claro que, com surgimento de diversas vertentes da criminologia crítica, não se pode generalizar e afirmar que se trata de uma estratégia geral. Por isso, como dito acima, é interessante tratar especificamente das ideias de Baratta, que são um marco dentro do contexto de desenvolvimento da criminologia.

Neste momento, será apresentada a primeira proposta de política criminal contida na obra “Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal”. Posteriormente, serão demonstrados os aspectos mais modernos acerca de como o autor desenvolve o que chama de política

criminal alternativa, mas para tanto é necessário compreender os pilares principais da sua obra.

Baratta (2011, p.199-200) considera que é necessário compreender a função histórica e atual do sistema penal para a conservação e a reprodução das relações sociais de desigualdade. Assim, dos resultados obtidos através de sua análise emergem quatro indicações estratégicas para a elaboração e desenvolvimento de uma “política criminal” das classes subalternas.

Primeiramente, defende que seja realizada uma distinção entre política penal e política criminal, sendo aquela uma resposta à questão criminal circunscrita no âmbito do exercício da função punitiva do Estado; e esta definida, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Assim, a política criminal alternativa adota a segunda estratégia, com o objetivo de reconhecer as limitações e inadequações do direito penal e, por conta disso, focar em grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia etc. (Baratta, 2011, p. 201).

Em segundo lugar, propõe dirigir os mecanismos de reação institucional para o confronto da criminalidade econômica organizada, ou seja, em favor dos interesses coletivos. Também destaca a necessidade de apostar em mecanismos de despenalização e de contração ao máximo do sistema punitivo, buscando formas de controle legal não estigmatizantes (Baratta, 2011, p. 202-203).

A terceira proposta remete à função do cárcere e a consciência do fracasso histórico da instituição para os fins de controle da criminalidade e de reinserção do desviante na sociedade. Assim, o objetivo seria de abolição da instituição carcerária em etapas, para a aproximação desse fim, que perpassam pelo alargamento do sistema de medidas alternativas, pela ampliação das formas de suspensão condicional da pena entre outras, e, especialmente, pela abertura do cárcere para a sociedade (Baratta, 2011, p. 203).

A última proposta trata da função da opinião pública e dos processos ideológicos e psicológicos que legitimam o sistema penal vigente. Nesse campo, Baratta (2011, p. 204-205) afirma que é preciso reverter as relações de hegemonia cultural, com um decidido trabalho de crítica ideológica, de produção científica e de informação.

Após as quatro indicações, Baratta (2011, p. 205-206) afirma que uma política criminal alternativa é dirigida para a perspectiva da máxima contração e da superação do sistema penal, que deve ocorrer da seguinte forma: a contração ou superação deve ser se voltada primeiramente para a pena, antes da superação do direito que regula seu exercício. Já a superação do direito penal não significa a negação de formas alternativas de controle.

Nós sabemos que substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor, mas não devemos perder de vista que uma política criminal alternativa e a luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do direito penal burguês, e devem realizar, no entanto, na fase de transição, todas as conquistas possíveis para a reapropriação, por parte da sociedade, de um poder alienado, para o desenvolvimento de formas de autogestão da sociedade, também no campo do controle do desvio (Baratta, 2011, p. 207).

Baratta (1977, p. 21) destaca que, em uma sociedade livre e igualitária<sup>47</sup>, e no desenvolvimento que visa ao alcance dessa sociedade, não basta somente substituir a gestão autoritária por uma gestão social de controle da conduta desviante, mas sim que o próprio conceito de conduta desviante perca progressivamente sua conotação normativa, para recuperar funções e significados diferentes, que não sejam exclusivamente negativos.

O autor esclarece que usar um conceito positivo de conduta desviante significa ter uma sociedade com diversidade, pois a sociedade desigual é aquela que teme o diverso. Assim, a repressão advinda de sistemas normativos particulares (como a moral, a religião, escola, família) tem sido uma técnica comum para a conservação da desigualdade (Baratta, 1977, p. 21).

Basicamente, o autor ressalta que a forma com que a seletividade penal é usualmente realizada é pautada em estereótipos pré-definidos na sociedade, que faz com que na prática o sistema penal seja um direito penal do autor e não do fato. Dessa forma, esse sistema funciona como um mecanismo para manutenção de um *status quo*.

A política criminal alternativa apresentada na obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal” é desenvolvida ainda no texto “Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal” (1987).

No texto mencionado, o autor procura realizar uma articulação programática da ideia de mínima intervenção penal como guia para uma política penal a curto e médio prazo. Para tanto, traz o conceito de direitos humanos a partir de uma dupla função: uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal; e uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessária, da tutela por meio do direito penal (Baratta, 1987, p. 3).

---

<sup>47</sup> A sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo de liberdade à expressão do diverso, porque a diversidade é, exatamente, o que a igualdade garante; isto é, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem e a conseqüente maximalização na contribuição criativa e crítica do homem para a edificação e para o enriquecimento de uma sociedade de “livres produtores”, na qual os homens não se encontrem disciplinados como simples portadores de papéis, mas, sim, que sejam respeitados como portadores e capacidade e de necessidades positivas (Baratta, 1987, p. 21).

Baratta (1987, p. 6), então, considera que o conceito de direitos humanos continua sendo o fundamento mais adequado para a estratégia da mínima intervenção penal e para sua articulação programática no quadro de uma política alternativa do controle social.

O criminólogo enuncia princípios, em nível de criminalização primária, voltados para a política de menor intervenção. Ele os divide a partir da adoção de um ponto de vista interno ou externo ao direito penal. O ponto de vista interno é relativo aos princípios intrassistemáticos que indicam os requisitos para introdução e manutenção de figuras delitivas na lei. Já o externo refere-se aos princípios extrassistemáticos que remetem a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para a construção dos conflitos e dos problemas sociais, em uma forma alternativa da que oferece o sistema penal (Baratta, 1987, p. 6).

Os princípios intrassistemáticos são classificados em três grupos: princípios de limitação formal<sup>48</sup>, princípios de limitação funcional<sup>49</sup> e princípios de limitação pessoal ou de limitação da responsabilidade penal<sup>50</sup> (Baratta, 1987, p. 6). Tais princípios serão desenvolvidos no próximo capítulo, mas neste momento cabe destacar aqueles que Baratta define como extrassistemáticos, que esclarecem os objetivos da política criminal alternativa.

Dessa forma, o autor os divide em dois grupos: princípios extrassistemáticos de descriminalização<sup>51</sup> e princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais<sup>52</sup>.

A partir destes princípios, as quatro estratégias já delineadas na obra “Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal” são mais detalhadas. Também se percebe a ênfase do autor em fazer com que tais princípios e práticas sejam aplicados em curto prazo, como forma de futuramente superar ou substituir o sistema penal, em função de todos os males que por ele são provocados.

Nesse sentido, dentre todos os princípios apresentados, cabe destacar que, no que se refere à descriminalização, trata-se de uma tarefa de eliminação parcial ou total das figuras

---

<sup>48</sup> Princípio da reserva da lei ou legalidade em sentido estrito; princípio da taxatividade; princípio da irretroatividade; princípio do primado da lei substancial; princípio da representação popular.

<sup>49</sup> Princípio da resposta não contingente; Princípio da proporcionalidade abstrata; princípio da idoneidade; princípio da subsidiariedade; princípio da proporcionalidade concreta ou princípio de adequação do custo social; princípio de implementação administrativa da lei; princípio do respeito pelas autonomias culturais; princípio do primado da vítima.

<sup>50</sup> Princípio da imputação pessoal ou princípio da personalidade; princípio da responsabilidade pelo fato; princípio da exigibilidade social do comportamento.

<sup>51</sup> Princípio da não intervenção útil; princípio da privatização dos conflitos; princípio da politização dos conflitos; princípio da preservação das garantias formais.

<sup>52</sup> Princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena; princípio de não-especificação dos conflitos e dos problemas; princípio geral de prevenção; princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais.

delitivas, bem como de uma implementação de modificações que reduzam tanto qualitativa como quantitativamente a violência punitiva (Baratta, 1987, p. 17).

Assim, quando fala em “privatização dos conflitos”, Baratta (1987, p. 18) busca a reapropriação dos conflitos, considerando as possibilidades de substituir parcialmente a intervenção penal por meio de formas de direito restitutivo e acordos entre as partes no marco de instâncias públicas e comunitárias de reconciliação. Ao mesmo tempo, o autor ressalta que nesse deslocamento é necessário garantir que a posição dos sujeitos não seja reconduzida a um regime de menores garantias, em relação aquele formalmente previsto pelo direito penal.

É possível notar a grande influência do autor com as obras de autores abolicionistas clássicos, como Louk Hulsman, tendo em vista o objetivo de superação do sistema penal e a realocação da resolução dos conflitos a partir da utilização de técnicas pautadas na conciliação e na mediação. Percebe-se também a preocupação do criminólogo em responder às críticas de que essa substituição poderia desembocar em sistemas mais violentos e incontroláveis que o próprio sistema penal.

Nos princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais o foco recai sobre a “cultura do penal”. A função, portanto, é enfrentar por contraste a coisificação dos conceitos de criminalidade de pena e propiciar uma visão inovadora e mais diferenciada dos conflitos e dos problemas sociais (Baratta, 1987, p. 18).

Assim, mais uma vez muito semelhante ao que propõe Hulsman, o criminólogo recomenda aos os atores responsáveis por lidar com conflitos e problemas que prescindam, por certo tempo, do emprego dos conceitos de criminalidade e de pena, a fim de buscar respostas de uma ótica distinta da punitiva (Baratta, 1987, p. 18).

Ademais, Baratta (1987, p. 19) destaca a heterogeneidade de conflitos que são submetidos a uma mesma resposta do sistema penal, afirmando que fora do referido sistema seria possível encontrar indicações heurísticas mais frutíferas em termos de respostas diferenciadas. Por fim, destaca a incapacidade do sistema penal de efetivamente resolver conflitos:

O sistema penal não é apto para proporcionar a defesa mais eficaz dos direitos humanos, pelo fato de que sua intervenção está estruturalmente limitada à formulação de respostas sintomáticas aos conflitos, ou seja, uma resposta aos conflitos no lugar e no momento em que esses se manifestam dentro do sistema social. Não obstante, a teoria sociológica nos demonstra que o lugar e o momento em que se manifestam os conflitos podem ser dentro de sistemas sociais complexos, distintos e afastados do lugar e do momento em que esses efetivamente se produzem. Ademais, o sistema penal, com sua lógica repressiva, acha-se unicamente em condições de responder às ações puníveis de indivíduos (de modo algum se poderia pensar, como já disse, em estender a resposta punitiva além desse limite).

Porém, uma análise correta dos conflitos e dos problemas em que individualizam ações desviadas, ou seja, infrações às normas sociais ou jurídicas demonstra, em compensação, que, em geral, as ações individuais não representam variáveis independentes adequadas para compreender a lógica dos conflitos e dos problemas; representam, sim, variáveis dependentes (Baratta, 1987, p.19).

Pode-se dizer, então, que Baratta se alinha com as proposições que pertencem a autores abolicionistas, de modo que a política criminal alternativa é colocada pelo criminólogo como um meio, uma estratégia cujo objetivo final seria a substituição do sistema penal por outras instâncias de resolução de conflitos. Graças ao viés marxista muito presente na obra do autor, há uma clara preocupação de que essa proposta inclua a parcela da população que usualmente é selecionada pelas agências que atuam dentro do sistema penal.

Assim como Baratta, Eugenio Raul Zaffaroni<sup>53</sup> elabora uma proposta de direito penal mínimo que também tem como objetivo final a abolição do sistema penal. Ocorre que Zaffaroni contextualiza sua construção dentro da perspectiva teórica latino-americana. Sua estratégia, portanto, pode ser agregada à política criminal alternativa.

Eis que ambos os autores têm participação singular no desenvolvimento da criminologia latino-americana em virtude de tais propostas nascerem a partir de problemas específicos desse continente.

Na obra “Em busca das penas perdidas” (1989), o criminólogo argentino identifica a existência de uma situação crítica marcada pela falsidade do discurso penal latino-americano (Zaffaroni, 2001, p. 15). O autor chama de “crise” a brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal, onde os problemas existentes nos sistemas penais não são transitórios, mas fazem parte de sua realidade operacional. Assim, a seletividade, a reprodução da violência e a corrupção institucionalizada não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (Zaffaroni, 2001, p. 15).

Em que pese traçar um cenário que argumenta pela perda de legitimidade do sistema penal, característica marcante da epistemologia latino-americana, como visto anteriormente, Zaffaroni busca o que chama de “uma resposta marginal<sup>54</sup>”, ainda que tenha referências no conhecimento produzido especialmente na Europa e nos Estados Unidos, que almeja ter um

---

<sup>53</sup> O argentino Eugenio Raúl Zaffaroni é juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, professor emérito do Departamento de Direito Penal da Universidade Nacional de Buenos Aires e vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal. De 2003 a 2014, foi ministro da Suprema Corte Argentina. Zaffaroni é também um dos expoentes da criminologia crítica latino-americana, sendo *Em busca das penas perdidas* (publicado em 2010 pela Editora Revan) um de seus trabalhos mais renomados nessa área (Viana, 2020, *online*).

<sup>54</sup> De acordo com Zaffaroni (2001, p. 174), um realismo marginal pode “a) revelar mais nitidamente as características estruturais de todo o sistema penal, já que em nossa região marginal estas características são mais evidentes em virtude de seu maior nível de violência; b) mostrar mais claramente como atua a rede de poder planetário ao assinalar as particularidades de seu exercício de poder na região marginal”.

caráter de originalidade compreendido através da própria formação histórica dos países da América Latina.

Para tanto, o autor esclarece que à criminologia integram-se objetivos políticos-criminais. Portanto, uma criminologia envolvida no realismo marginal permitiria demonstrar sucessivos objetivos estratégicos que tenderiam a reduzir o exercício de poder do sistema penal e a substituí-lo por formas efetivas de resolução de conflitos (Zaffaroni, 2001, p. 174-175).

Chama atenção neste primeiro ponto a coerência e o desenvolvimento das ideias apresentadas por Baratta. O necessário envolvimento da criminologia com a política criminal decorre da ideia de que o controle social deve ser objeto de estudo, mesmo em seu sentido amplo, como defendido por Lola Aniyar de Castro. Esse ponto em comum demonstra a complexidade da disciplina e se mostra coerente com a própria opção de Baratta de limitar esse objeto ao que toca de fato a questão penal.

Também merece destaque o objetivo traçado por Zaffaroni, coincidente com o foco da política criminal alternativa, de não apenas reduzir esse espectro de incidência do sistema penal, mas de buscar um modelo de substituição.

No contexto latino-americano, marcado pelo aprisionamento em massa, com abuso especialmente das prisões cautelares e com o que o autor chama de genocídio, que ocorre em função do exercício do sistema penal, Zaffaroni (2001, p. 175) traça como objetivo mais imediato a redução do número de mortes e a geração de espaços de liberdade social que permitam a reconstrução de vínculos comunitários. Portanto, em suma, busca a redução do nível de violência do sistema penal.

Assim, são necessárias duas táticas: a primeira trata da introdução de um discurso diferente e não violento nas “fábricas reprodutoras da ideologia do sistema penal”, ou seja, universidades e escolas, sendo importante, ainda, modificar as mensagens transmitidas pelos meios de comunicação de massa<sup>55</sup>.

Percebe-se que o autor lembra Nils Christie, pois coloca como objetivo mais imediato a reconstrução de vínculos comunitários que, para Zaffaroni (2001, p. 175), depende da queda do nível de violência do sistema penal, já que esse tem sido o principal instrumento de dissolução comunitária.

---

<sup>55</sup> Sobre o tema ler a obra “A questão Criminal” (2013) de autoria de Eugenio Raúl Zaffaroni.

A segunda se debruça sobre um controle técnico das notícias<sup>56</sup>, de maneira a evitar que a violência, os delitos e o uso de armas sejam instigados. O criminólogo aposta na necessidade de demonstrar a falsidade dos discursos e da dimensão do fenômeno penal como forma de responder às campanhas de lei e ordem (ZAFFARONI, 2001, p. 176-177).

Ademais, Zaffaroni (2001, p. 177) destaca a necessidade de uma renúncia real à intervenção do sistema penal, ou seja, de uma descriminalização, sem que isso implique retirar a matéria da agência judicial e aumentar o poder de outras agências. De modo semelhante ao que Baratta afirmou, o autor defende que os conflitos sejam subtraídos da programação decisória pelo modelo punitivo para proporcionar-lhes outra solução, com a preocupação de que isso não implique redução de garantias.

---

<sup>56</sup> Nesse ponto, Zaffaroni (2001, p. 175) não considera como um ataque a liberdade de expressão, pois a limitação seria voltada para a proibição de invenção de fatos violentos não ocorridos, a exposição e exploração da dor alheia de vítimas, incitação de brigas, ou seja, a propagação de mensagens irresponsáveis que constituem uma deslealdade comercial com o simples objetivo de obter audiência.

### **3 - QUAL DIREITO PENAL MÍNIMO ESTAMOS FALANDO AGORA?**

O garantismo penal é uma teoria bastante comentada pelos operadores do direito atuantes no sistema penal, entretanto, talvez na mesma proporção, pouco conhecida de maneira aprofundada. Luigi Ferrajoli, autor e filósofo italiano, a partir da filosofia analítica, traça um sistema coerente de funcionamento desse sistema, que é pertinente ao ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria garantista - que desde já deve ser ressaltado, vai muito além do campo penal - tem uma função importante dentro de Estados Democráticos, portanto, o conhecimento de seus pressupostos essenciais é fundamental para a construção de um sistema penal que atenda aos direitos e garantias fundamentais contidos, por exemplo, na Constituição Brasileira de 1988.

Para tanto, o objetivo deste capítulo é trazer luz para a forma distorcida com que a teoria acabou sendo recepcionada por determinados autores brasileiros e apresentar aspectos fundamentais para uma correta compreensão deste marco teórico.

É ter um espaço para delinear uma concepção teórica que merece ganhar mais espaço acadêmico e para colocar em discussão a existência (ou não) de análises diversas acerca do conceito de “direito penal mínimo”, que é utilizado tanto por autores da criminologia crítica quanto pelo autor italiano.

O já apresentado abolicionismo, que se coloca como extremo oposto de qualquer teoria justificadora da existência do sistema penal, é importante para a divergência instaurada entre as teorias tratadas nesta pesquisa, sendo o campo divisor entre o que virá a ser classificado como minimalismo como fim e minimalismo como meio.

#### **3.1 Como, quando e por que falar de Garantismo Penal?**

Pablo Oliveira (2019, p. 11-12) afirma que, do ponto de vista histórico, o Estado e todo aparato de poder que o compõe foi responsável por uma infinidade de perseguições religiosas e políticas, extermínios, massacres e guerras. Mesmo em democracias, onde busca-se limitar e regradar o poder do Estado, há sempre um receio de que se possa ocorrer um equívoco ou um abuso. Segundo o autor:

O garantismo penal é então uma teoria liberal no sentido de que a legalidade deve ser observada de maneira estrita em toda a sociedade, por nós, pelos políticos e pelos funcionários públicos encarregados do enfrentamento à criminalidade. Porque a não

observância da legalidade estrita promove a aproximação do nosso Estado de um Estado autoritário. Um processo em que a legalidade não foi estritamente observada é um processo no qual podem ter ocorrido abusos. Da mesma forma que um inocente nada deveria temer se ele tivesse a certeza que a lei seria rigorosamente observada, ele tem muito a temer se tem a convicção de que a lei não será observada no seu processo. Se a lei não é um parâmetro vinculante das autoridades que irão julgá-lo, ele não possui garantia de nada: esse inocente estará sujeito a um julgamento político e moral que pode, por isso mesmo, ser um julgamento abusivo e absolutamente eivado de erros (Oliveira, 2019, p. 17)

Segundo Salo de Carvalho (2002, p.19) a teoria do garantismo penal propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Assim, esclarece o autor que o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, públicos ou privados.

No contexto Ferrajoliano, falar de garantismo é falar de Democracia. Entretanto, o diálogo com a teoria tem sido difícil no Brasil nos últimos tempos. O garantismo em ordenamentos jurídicos de cunho autoritário deve funcionar como mecanismo de limitação do poder e contra o arbítrio e o abuso, pois é válido ressaltar que trata-se de modelo ideal, jamais totalmente realizável.

Em função dessa realidade, em que pese a existência de diversos estudiosos sérios, a teoria tem sido distorcida, sendo a ela atribuída a finalidade de defesa apenas de direitos individuais que colabora com a impunidade e como empecilho para o alcance do “objetivo” do processo penal, entendido como a condenação e a prisão.

Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 176) afirmam que no Brasil o garantismo adquiriu maior relevo para o senso comum e para discursos de baixa densidade teórica do que, propriamente, para o labor acadêmico, e isso gerou incontáveis prejuízos. O mais expressivo é a associação da expressão garantismo à ideia de defesa da impunidade, argumento fortemente utilizado especialmente por movimentos político-criminais de índole repressiva.

Aqui, em uma pesquisa que se propõe a demonstrar a importância do protagonismo de políticas criminais vinculadas ao respeito aos direitos humanos, é indispensável tratar das distorções que são veiculadas em relação ao garantismo penal no Brasil. A ausência de discussões sérias, desde a graduação, acerca dessa teoria tem como consequência a abertura de um espaço para que distorções sejam difundidas, publicadas e tenham alcance até dentro das instituições públicas, o que não contribui e, pelo contrário, na verdade, prejudica o debate sério sobre o tema.

Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 156) fazem uma analogia de tal situação com o que foi, e ainda vem sendo, feito com a obra de Karl Marx, cujo túmulo foi vandalizado, conforme veiculado em 2019, deixando claro que as ideias do autor incomodam. Entretanto, chama a atenção que foi vandalizado o túmulo de Marx, e não sua teoria, em um campo de discussão adequado.

Os autores afirmam que, no que tange ao garantismo, alguns escritos partem de discussões variadas com pouca ou, em muitos casos, nenhuma densidade teórica. Ademais, o próprio Ferrajoli é desqualificado, como pessoa, para aqueles que entendem ser esse o caminho de crítica para a teoria (Pinho; Sales; Albuquerque, 2019, p. 159).

Importante ressaltar, porém, que não se trata de afirmar que a teoria não é suscetível de críticas, de maneira alguma, inclusive algumas serão realizadas ao fim desta pesquisa. O que se alerta é para a superficialidade das discussões que têm sido traçadas e ganhado terreno neste país.

Assim, chega-se ao chamado “garantismo integral” uma criação exclusivamente brasileira e que tem como ponto central apresentar o que seria o garantismo penal na íntegra das proposições de Ferrajoli, em contraponto ao suposto “garantismo hiperbólico monocular”, que seria uma prática com foco apenas no réu e não na vítima. O autor Douglas Fischer (2013) critica a compreensão do garantismo do Brasil e afirma existir uma interpretação parcial e cindida da teoria, em que se descuidaria, em termos de proteção, do amplo espectro de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988, de maneira a se priorizar uma leitura que se dirige aos direitos de liberdade e de proteção do acusado (Pinho; Sales; Albuquerque, 2019, p. 173).

Copetti Neto e Pinho (2017) afirmam que no início dos anos 1990, no Brasil e na maioria dos países latino- americanos, o garantismo jurídico foi exposto à condição de teoria para proteção dos criminosos e da “preservação da impunidade”. Atualmente, a partir da ideia do dito garantismo integral, passa-se a criticar a mesma ideia, porém com a argumentação de que há uma deficitária leitura do modelo proposto por Ferrajoli, na medida em que se estaria privilegiando a proteção dos indivíduos criminosos, sem considerar o papel de proteção dos interesses da sociedade em geral.

Para compreender a importância de se atentar para a distorção de uma teoria tão robusta quanto o garantismo penal, é necessário verificar como foi feita essa abordagem. Fischer (2013, p. 32) afirma que o pressuposto da teoria garantista é a proteção dos direitos individuais (denominados de primeira geração). Entretanto, diz o autor, “em dias atuais” este marco teórico não pode ser mais exclusivamente calcado nessa premissa.

Fischer (2013, p. 32-33) diz que a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos (coletivos e sociais), também deveres e está pautada em diversos princípios e valores que não podem ser esquecidos ou relegados. Afirma que se assiste a um "desvirtuamento" dos integrais postulados garantistas, já que existiria uma ênfase única que recai exclusivamente sobre os direitos individuais.

Fischer (2013, p. 33) critica a suposta difusão dos ideais garantistas sem que se analise efetivamente o que significaria "garantismo penal" e, mais ainda, o garantismo em si. Para ele, não tem ocorrido a aplicação integral de seus postulados, pois se tem valorizado unicamente os direitos individuais (isto seria o garantismo mononuclear).

Justifica, assim, chamar de "garantismo penal integral" como forma de demonstrar que se deve valorar todos os direitos e deveres existentes na Constituição, e não apenas os individuais dos investigados e/ou processados criminalmente (Fischer, 2013, p. 34). Assim, o autor deixa de lado o aspecto penal da teoria garantista para discorrer sobre o aspecto constitucionalista, a fim de justificar que "reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais" (que, destaca-se, não são mencionadas explicitamente no texto do autor) que mencionam o garantismo penal, sem observar seus critérios de aplicação (Fischer, 2013, p. 34).

A partir deste discurso, Fischer (2013, p. 45) chega ao ponto principal de sua defesa ao afirmar que "[...] não se pode esquecer que a segurança (lato sensu) é ínsita e imanente a um Estado calcado nas mais democráticas e sociais regras dirigentes (como também se apresenta o ordenamento brasileiro)". Ou seja, nesse cotejo diz o autor que o processo criminal e a imposição de pena aos infratores é uma forma de "[...] garantir a segurança e convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento jurídico" (Fischer, 2013, p. 45).

Sem qualquer referência direta a nenhuma obra de Ferrajoli, Fischer (2013, p. 48) diz o seguinte:

Denominado de garantismo positivo (que, para nós, é indubitável ser aplicado também nas searas penal e processual penal), esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica a obrigação de o Estado, **nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos**. Admitamos: o assunto não é novo, embora na grande maioria das vezes não invocadas essas premissas e realizado o silogismo por esse prisma, como, por exemplo, na análise dos pressupostos da prisão preventiva (art. 312, CPP) (grifo nosso).

Esse trecho é extremamente representativo daquilo que o autor defende e da má compreensão do garantismo em si. Antes de aprofundar nos problemas epistemológicos das afirmações feitas, chama atenção a escassez de citações do próprio Ferrajoli em uma obra que

se propõe a trazer uma interpretação “correta” de sua teoria. Ademais, notável também que ele inclusive realiza uma espécie de justificação da prevalência da necessidade de segurança pública para prisões preventivas, algo extremamente criticado pelo autor italiano<sup>57</sup>.

A partir dessas premissas, Fischer (2013, p. 65) tece comentários acerca de temas específicos. Para fins desta discussão e diante da necessidade de compreender concretamente os impactos no ordenamento jurídico, destaca-se a defesa da execução provisória de penas.

Diz Fischer (2013, p. 65) que a execução provisória das penas privativas de liberdade na pendência de recursos de natureza extraordinária (extraordinário e especial) não ofende o princípio da inocência. Para justificar isso, diz o autor que, à luz do direito comparado, é perceptível que não há violação a direitos fundamentais dos processados e condenados, já que em tais recursos não se discute “culpa ou inocência”, mas sim afronta à Constituição em situações restritas.

Segue ainda afirmando que o STF, que à época da escrita do artigo havia se posicionado contra tal entendimento, decorreu de uma leitura isolada que a Corte fez do dispositivo contido na Constituição (Fischer, 2013, p. 66). Novamente, é interessante observar que não há nenhuma citação de alguma obra de Ferrajoli ou de autores que são referência ao tratar de garantismo penal para sustentar o ponto de vista apresentado.

Fischer (2013, p. 74) finaliza declarando que “[...] do garantismo (penal) integral decorre da necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados”.

A proposta do dito “garantismo integral” ganhou terreno no âmbito jurídico, em que pese tenha graves problemas de origem e de propósito. Em uma análise crítica do exposto acima, um dos primeiros questionamentos que surge é: o que seria a “proteção ativa dos interesses da sociedade?”. Nesse contexto, qual seria o propósito do processo penal?

Ademais, chama atenção a forma com que Fischer constrói seu argumento, pois, conforme destacam Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 173), ele não dirige a crítica diretamente à teoria garantista, pois parte do pressuposto de que sua hipótese encontra guarida no pensamento de Ferrajoli. Ele cuida, então, de atribuir ao que chama de “desvirtuamento

---

<sup>57</sup> Para Ferrajoli (2002, p. 446), [...] toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. E é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* - ou seja a submissão à jurisdição em seu sentido mais lato -, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual, ou seja como for, não penal”.

dos integrais postulados garantistas” o equívoco, o que estaria na compreensão exclusiva em termos de proteção dos direitos de liberdade (Pinho; Sales; Albuquerque, 2019, p. 173).

Há uma grave falha teórica na formulação de Fischer (2013). Ao mobilizar uma suposta integralidade do pensamento de Ferrajoli - o que pode dar-se apenas por ficção - Fischer comete o equívoco não apenas terminológico, mas também epistemológico, de atribuir sentidos equivalentes à expressão garantismo (jurídico) e garantismo penal (Pinho; Sales; Albuquerque, 2019, p. 173).

Pinho e Albuquerque (2017, p. 101) afirmam que não se deve confundir o constitucionalismo atual com um pacto social exclusivo de uma maioria, o que confere legitimidade democrática ao acordo constitucional, sob uma ótica garantista, nem com a convenção de que ninguém será excluído do pacto e de que todos - sem exceção- merecerão respeito a seus direitos fundamentais, ainda que não integrem (ou não tenham integrado) a eventual maioria formalmente exigida para a realização do contrato.

A obra “Direito e Razão” concentra-se na elaboração de uma teoria do garantismo penal (não à toa, é uma das principais referências desta pesquisa). Sendo assim, diz respeito à construção de um modelo de contenção do poder punitivo. O pressuposto básico para a compreensão da teoria é a necessidade de limitação da intervenção penal do Estado em face do indivíduo, de maneira que em tal obra o garantismo como teoria geral fica restrito apenas à quinta e última parte (Pinho; Sales; Albuquerque, 2019, p. 173).

Para Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 174), o garantismo penal, enquanto técnica de tutela de direitos voltada para a intervenção penal, cuida fundamentalmente dos direitos de liberdade. Entretanto, o garantismo vai além do campo penal para construção de técnicas de tutela de outros direitos fundamentais.

Assim, Ferrajoli diferencia os direitos de liberdade, que se encontram relacionados a expectativas de não lesão, dos direitos sociais, caracterizados pela expectativa de realização. O exercício do poder punitivo não realiza direitos sociais justamente por necessitar de técnicas de tutela diferenciadas em relação à mera não lesão (Pinho; Sales; Albuquerque, 2019, p. 174).

Ferrajoli (2018, p. 23) esclarece que o “Garantismo” se opõe a qualquer concepção de relações tanto econômicas como políticas, tanto de direito privado como de direito público, que tenham como fundamento a ideia de um “poder bom”.

*Se hablará, por tanto, con arreglo a los tipos de derechos en favor de los cuales se predisponen o persiguen las garantías como técnicas idóneas para asegurar la tutela efectiva o la satisfacción, de garantismo patrimonial para designar el sistema de garantías establecidas para la tutela de la propiedad Ferrajoli de los demás*

*derechos patrimoniales; de garantismo liberal, Ferrajoli específicamente penal, para designar las técnicas ordenadas para la defensa de los derechos de libertad, el primero de los cuales es la libertad personal, frente a intervenciones arbitrarias de carácter policial o judicial; de garantismo social, para designar el conjunto de las garantías todavía muy deficitarias e imperfectas, destinadas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la instrucción, al trabajo Ferrajoli similares; de garantismo internacional para designar las garantías, por el momento casi completamente ausentes, idóneas para la tutela de los derechos humanos establecidos en las declaraciones Ferrajoli convenciones internacionales. En general, se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites Ferrajoli vínculos impuestos a todos los poderes - públicos Ferrajoli privados, políticos (o de las mayorías) Ferrajoli económicos (o del mercado), a nivel estatal Ferrajoli a nivel internacional - con el fin de tutelar, mediante la sujeción a la ley Ferrajoli, en especial, a los derechos fundamentales que en ella se establecen, tanto las esferas privadas contra los poderes públicos como la esfera pública contra los poderes privados (Ferrajoli, 2018, p. 23).*

O que se tem é uma teoria que apresenta a proteção multinível dos direitos fundamentais, demonstrando a complexidade de abordagem que vai além da esfera penal.

É exatamente esse o equívoco que exsurge da expressão “garantismo penal integral”. Ao propor um modelo de direito penal calcado em premissas de proteção não apenas dos direitos de liberdade e, por via de consequência, do acusado em face do Estado - trazendo para o campo penal pressupostos de proteção e de defesa social - sob a justificativa de que Ferrajoli alcança, através do garantismo a necessidade de proteção de outros direitos, Fischer (2013) descuida que o garantismo corresponde a um projeto teórico multinível e que, se Ferrajoli desenvolve uma teoria de direitos fundamentais, tal não se dá, exata e exclusivamente, no interior da construção do modelo de direito penal que se desenvolve em Direito e Razão (Pinho; Sales; Albuquerque, 2019, p. 174).

O propósito de Fischer se vê esvaziado, pois, na verdade, ele expande a ideia do garantismo penal para o terreno mais amplo da teoria do Direito, o que, a partir do próprio Ferrajoli, é inadmissível. Ademais, chama atenção que a análise em tese centra-se unicamente na obra “Direito e Razão” (ainda sim de maneira bem precária, pois quase não a cita), como se o autor italiano não tivesse dado seguimento à sua pesquisa em diversos outros artigos, livros e demais publicações.

Em 1998, por exemplo, publica *Diritti fondamentali*, na qual propõe uma definição do conceito de direitos fundamentais como direitos subjetivos que dizem respeito a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa, cidadão ou de pessoa capaz de agir. Como explicam Pinho, Sales e Albuquerque (2019, p. 175), trata-se de uma definição formal, avalorativa e que prescinde de circunstâncias de fato, ou seja, da constatação de que em dado ordenamento jurídico tais direitos sejam ou não enunciados em normas de direito positivo.

Copetti Neto e Pinho (2017) são enfáticos ao dizer que nem o garantismo integral, nem o modelo contraposto Garantismo Hiperbólico Monocular podem ser chamados de

garantismo jurídico, ao menos não no molde criado por Luigi Ferrajoli. Os autores mencionam alguns pressupostos estruturais do garantismo que justificam isto:

- a) o conceito segundo o qual os direitos sociais, comparados aos direitos de liberdade, não passam de uma titularidade individual para uma titularidade coletiva, na medida em que o que muda não é a titularidade do direito, mas a expectativa do indivíduo titular, de uma não lesão, no direito de liberdade, para uma prestação, no direito social;
- b) a (teoria da) interpretação, no viés garantista de Ferrajoli é metateórica, e isso quer dizer que os princípios elencados pelo Garantismo Integral, como os Princípios da Proteção Deficiente e da Proibição em Excesso não podem servir como base para a criação jurídico-normativa pelo Poder Judiciário, porque I - rompem com a Separação de Poderes e II- porque resvala na falácia de Hume, confundindo o dever ser normativo do direito com o ser efetivo da aplicação do direito;
- c) o Garantismo Positivo não está vinculado à ideia de interesse da sociedade de forma abstrata, mas sim à ideia segundo a qual o Estado tem deveres não somente de não-lesão, mas de prestação, a fim de cumprir as garantias positivas determinadas pelos direitos individuais sociais (COPETTI NETO; PINHO, 2017, p.).

Assim, autores como Fischer, deixam de mencionar que a base fundamental do garantismo penal é a preocupação de existir, o que Pinho e Albuquerque (2017, p. 102) chamam de um catálogo de vínculos e limites ao exercício do poder, de maneira que os direitos fundamentais são a lei do mais fraco.

Na relação entre poder punitivo estatal e cidadão infrator da norma penal, não é difícil identificar o hipossuficiente. É contra o eventual infrator que será infligida a vingança pública. Exatamente por isso, o poder de castigar - que ofende direitos fundamentais ainda que de forma legítima - precisa de controle e de técnicas efetivas de minimização. Quanto maior for a limitação do poder de punir, maior será a garantia de respeito aos direitos fundamentais da pessoa imputada (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 102).

Isso não quer dizer, como costuma ser difundido em análises pouco aprofundadas, que os direitos das vítimas não são tutelados. Pinho e Albuquerque (2017, p. 102) afirmam que direitos fundamentais considerados de vital importância precisam de proteção penal. Ocorre que não é somente ao Direito Penal que o Estado viabiliza essa tutela, pois por trás de uma política criminal há de haver uma política social de maior escala e abrangência.

Dessa maneira, vislumbrar os interesses da sociedade no momento da confecção de tipos penais deveria ser uma preocupação político-criminal relevante. Ocorre que a relação que se estabelece a partir do Direito Penal não é entre o Estado-assistência e a vítima, mas entre o Estado-penitência e o autor da conduta proibida (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 103).

Esclarecem Pinho e Albuquerque (2017, p. 103) que a relação Estado-assistência integra as obrigações positivas (sociais-fazer) do Estado; e a segunda, Estado-penitência, unicamente as obrigações negativas (liberais - deixar de fazer). De um lado, o poder oficial de

castigar; de outro, o direito da pessoa imputada de ver respeitada a sua integridade física, liberdade etc.

Em obras como “Garantismo: Uma discussão sobre direito e democracia” (2012) Ferrajoli (2012, p. 85) se dedica a discorrer sobre como o paradigma garantista vai além do campo penal e pode se expandir em três direções: na tutela dos direitos sociais, e não somente dos direitos de liberdade; em contraste com os poderes privados, e não somente com os poderes públicos; e a nível internacional e não somente estatal.

Percebe-se, então, a falta de esclarecimentos que reside nos textos e nas obras que se dedicam a afirmar que existe um suposto “garantismo penal hiperbólico”. Trata-se de afirmações com pouca profundidade acadêmica e que deixam de abordar tais aspectos acerca da teoria e da íntima relação entre o garantismo penal e a democracia.

Assim, mesmo trinta anos após a promulgação da Constituição Brasileira, permanece necessária a discussão acerca da compreensão do modelo jurídico do garantismo, que permanece sendo deturpado, especialmente em virtude da prevalência de uma cultura punitivista e do modelo de encarceramento em vigor (Copetti Neto; Pinho, 2017).

Segundo Pinho (2020, *online*), a realidade é que a obra “Direito e Razão” ficou reservada aos programas de pós-graduação, com pouco espaço nas graduações e menos ainda na sociedade de maneira geral. A existência de um Sistema de Justiça Criminal de marcas autoritárias colabora com esse cenário de resistência à teoria garantista.

Importante ressaltar, ainda, que a obra de Ferrajoli não se reduz à perspectiva penal. Pelo contrário, o autor, que diga-se de passagem continua publicando artigos acadêmicos, concedendo entrevistas etc, expande o garantismo para análise de outros campos envolvendo direitos sociais, constitucionalismo, democracia etc. Ou seja, a abordagem feita por Fischer se equivoca ao realizar uma análise reducionista de um autor com um amplo leque de publicações acerca dos mais diversos temas.

Ippolito, Mastromartino e Pino (2020, p. 358) afirmam que grande parte da produção filosófica de Ferrajoli se apresenta como um projeto ambicioso e rigoroso acerca da construção de uma teoria do direito e da democracia para o Estado, ou seja, mostrando que o garantismo penal é apenas parte de uma complexa elaboração teórica.

Justamente contrariando a ideia de que o filósofo não se debruça sobre direitos sociais, e enfatizando a ausência do referencial teórico Ferrajoliano em tais análises, em entrevista realizada por Alfonso García Figueroa (2008), o autor italiano afirma que os direitos fundamentais são certamente um limite à democracia política e à soberania popular, se referindo ao limite do indecível. Por outro lado, em suas formas e dimensões, representam a

soberania popular acima de todos e de cada um, não somente a dimensão liberal, gerada pelos direitos de liberdade, e a social, gerada pelos direitos sociais, mas também política, gerada precisamente pela universalidade dos direitos políticos.

*Sin la inviolabilidad de los derechos fundamentales por parte de las mayorías no existiría democracia: ni siquiera la democracia política, que no sólo consiste en el ejercicio de la clase específica de derechos que son los derechos políticos, sino que bien puede ser suprimida junto con todo el resto de los derechos fundamentales, tal como han mostrado las experiencias fascistas de principios del siglo XX en Italia Ferrajoli en Alemania, por las contingentes mayorías políticas (Garcia Figueroa, 2008).*

Ao falar se de democracia e de proteção de direitos não se pode desconsiderar que Ferrajoli apresenta um paradigma constitucional que, segundo o autor, refere-se ao paradigma das atuais democracias constitucionais nas quais o Estado de Direito e o positivismo jurídico se complementam, comportando, de um lado, a sujeição à lei e, de outro lado, a positivação do “dever ser” do Direito, ou seja, as determinações substanciais as quais o legislador ordinário deve ser ater, sob pena de invalidade das normas (Garcia Figueroa, 2008)

Ferrajoli (2006, p. 113) esclarece que o paradigma garantista pode se expandir em três direções: face à tutela dos direitos sociais, e não somente dos direitos de liberdade; frente aos poderes privados, e não somente aos poderes públicos; e no âmbito internacional, e não somente estatal. O autor italiano ainda menciona que diversos pesquisadores têm se dedicado a trabalhar na capacidade expansiva do garantismo.

Na verdade, o que se extrai daqueles que afirmam a necessidade do tal “garantismo integral” é a má compreensão de um dos pressupostos mais básicos apresentados por Ferrajoli: “a lei do mais frágil”, cuja discussão será retomada nesta pesquisa.

*Los derechos fundamentales son valiosos en tanto contribuyan a la paz, a la igualdad, al aseguramiento de la democracia Ferrajoli, sobre todo, a la protección de los más débiles. Las tres primeras funciones, de hecho, podrían reconducirse a esta última. En efecto, junto a la declarada adhesión al principio kantiano de la dignidad de la persona, de su valor como fin Ferrajoli nunca como medio, parece latir en Ferrajoli una suerte de utilitarismo negativo. Sería moralmente aceptable aquello que contribuyera a minimizar la opresión de los más débiles, física, política, cultural o económicamente. Dicha oposición entre débiles Ferrajoli fuertes, entre poderosos Ferrajoli sin poder ocupa, por consiguiente, un lugar central en el andamiaje teórico engagé de Ferrajoli. Ferrajoli ello explica, tal vez, muchas de las tensiones que se agitan en el interior del propio edificio jurídico garantista; entre teoría descriptiva Ferrajoli teoría prescriptiva; entre punto de vista interno Ferrajoli punto de vista externo; entre positivismo e iusracionalismo; entre demacrada Ferrajoli constitucionalismo, entre confianza, en suma, en la lucha por los derechos Ferrajoli desconfianza en los poderes de todo tipo, aun en los mayoritarios (Ferrajoli, 2009, p. 16).*

Não há em nenhum momento uma hierarquia entre direitos, pois a própria definição de direitos fundamentais do autor é a seguinte:

*[...] son <<derechos fundamentale~j>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; Ferrajoli por <<status>> la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas Ferrajoli/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (Ferrajoli, 2009, p. 19)*

As distorções que têm sido feitas em relação à teoria garantista têm se mostrado, portanto, muito mais aptas a enfraquecer o real conhecimento acerca do autor e de suas obras e, de maneira geral, estigmatizar o termo “garantismo”, a fim de que não ganhe o espaço devido seja no meio acadêmico, seja na prática do Judiciário.

A razão para isso talvez esteja na compreensão do filósofo acerca das constituições democráticas como aquelas que estabelecem limites e vínculos para todos os poderes públicos. O autor considera que somente através destes limites é possível dar conta da dimensão substancial da democracia e, ao mesmo tempo, evitar os excessos de um poder de maioria ilimitado (Ferrajoli; Manero, 2012, p. 20).

Oras, denota-se que as errôneas afirmações de que no Brasil haveria a difusão de um garantismo cujo pressuposto é evitar a ação do Estado ou de que há necessidade de garantir ao cidadão a “eficiência e segurança” implicam um perigoso discurso de ausência de limitação da atuação, especialmente do judiciário, o que conduz a arbitrariedades, ilegalidades e à manipulação do direito penal como ferramenta de combate ao inimigo.

Importante pontuar que, mesmo diante de muitas críticas coerentes, incisivas e feitas pelos mais diversos estudiosos do garantismo, o “garantismo integral” não permaneceu recluso nas obras de Douglas Fischer, mas continua sendo reproduzido principalmente em artigos na internet que se debruçam sobre os mais diversos temas da seara penal.

Em agosto de 2023, foi publicado no site Conjur artigo intitulado “O falso dilema da divisão entre garantistas e punitivistas” de autoria de Vladimir Freitas que, mais uma vez, reproduz a falácia de que:

*[...] hoje é uma defesa exacerbada dos direitos individuais dos infratores (não das vítimas, óbvio), contra um descaso flagrante com os direitos coletivos, no caso exteriorizado pelo abandono das vítimas e pelo descumprimento da promessa constitucional do artigo 144, ou seja, direito à segurança pública. Além de a legislação ser cada vez mais permissiva e de o Poder Executivo federal não revelar*

maiores preocupações com a criminalidade urbana, parte dos tribunais vem encarando autores de crimes com extrema tolerância. Neste particular, os traficantes de drogas são os mais bem aquinhoados. Não lhes faltam decisões a colocá-los em liberdade por isso ou por aquilo.

[...]

O garantismo individual que vem sendo assegurado a criminosos no Brasil, com um caráter exacerbado de consequências pouco avaliadas, pode levar-nos a uma situação incontrolável. O sinal amarelo está aceso, e se chegarmos ao vermelho não haverá retorno.

Todas as críticas feitas anteriormente ao texto de Douglas Fischer (que inclusive é uma das fontes usadas na publicação) permanecem, demonstrando o risco da difusão de tais distorções. Considerando a realidade prisional brasileira, a interferência do racismo, do classicismo e dos problemas de gênero, e, ainda, a tendência histórica de uma legislação criminal de emergência e com duras penas, conforme apresentado no primeiro capítulo desta pesquisa, chega a ser irônico afirmar que a legislação brasileira é permissiva e que traficantes de drogas são bem quistos.

A realidade é que tais proposições conduzem a tudo que Ferrajoli busca evitar e tudo que a criminologia alerta quanto ao uso desenfreado do direito penal como mecanismo de controle social, com a perpetuação de um sistema violento. Assim, o que se percebe é que se a teoria garantista se impõe contra a arbitrariedade e exige a limitação da atuação de todos os poderes pautada nos direitos fundamentais de todos os indivíduos, ou seja, da forma que a teoria realmente é, ela não é útil para aqueles que almejam sustentar a manipulação desse direito.

O garantismo se apresenta como uma teoria da democracia constitucional que, ao levar os direitos a sério, coloca no centro da reflexão jurídica e do planejamento político o tema das garantias, isso é, das técnicas regulatórias funcionais para a proteção dos direitos e das expectativas e dos poderes que as normas constitucionais atribuem a todos (Ippolito; Mastromarino; Pino, 2020, p. 367)

Dessa forma, o que fica claro é que é necessário expandir o campo de discussão acerca do garantismo para, então, verificar como a teoria pode contribuir para um direito penal e processo penal democráticos. Entretanto, tal objetivo deve ser feito em respeito ao que Luigi Ferrajoli efetivamente propõe. Para tanto, o próximo passo é compreender no que consiste a epistemologia garantista e o que torna a teoria tão essencial para o ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.2 A epistemologia garantista

Enquanto a criminologia crítica de Alessandro Baratta foi bem recepcionada na América Latina, tendo papel fundamental no desenvolvimento da criminologia latino-americana, a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, como visto anteriormente, segue um caminho de maiores resistências dentro e fora da academia.

Luigi Ferrajoli foi juiz na Itália e, entre 1970 e 2003, foi professor da *Università degli Studi di Camerino*, onde lecionou Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito e é professor emérito de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Roma Tre. Sua primeira obra é o já mencionado “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, publicada em 1989 (Pinho, Sales, Albuquerque, 2019, p. 160-162).

Ippolito, Mastro Martino e Pino (2020, p. 357) afirmam que Ferrajoli não é apenas um filósofo do direito, pois seu jeito peculiar sempre o levou a ser ouvido para além da academia. Tal fato se deve também ao diálogo com a magistratura, sem economizar críticas ao que usualmente considerou como degenerações da função judicial: a espetacularização da ação judicial, o populismo entre outros.

O garantismo é uma teoria abrangente, e não exclusivamente penal. Entretanto, ganha destaque nesse campo pela sua importância ao funcionamento de um Estado Democrático de Direito. Ippolito (2011, p. 35) afirma que o garantismo penal se apresenta como uma teoria do direito penal compreendida como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrárias. Assim, o objetivo é a redução da violência na sociedade, tanto individual como institucional.

Carvalho (2008, p. 55) esclarece que a formação do paradigma garantista ocorre sob ampla assunção da filosofia iluminista, elevando a razão como instrumento de resistência à barbárie e ao irracionalismo inquisitorial.

A escola clássica do direito penal, marcada por Cesare Beccaria e sua obra *Dos delitos e das penas*, foi uma resposta às violências e arbitrariedades cometidas durante a Idade Média, e, para tanto, buscou o rompimento entre direito e a moral, especialmente a religião.

Ocorre que, com a consolidação da burguesia no poder, ainda sobrevive o que Carvalho (2008, p. 56) chama de núcleo ideológico anti-iluminista, pautado nos princípios da Defesa Social. Assim, a infração é vista como um dano social e o sistema penal teria a função de combater/eliminar o crime, instaurando uma lógica belicista de enfrentamento do delito.

Esse cenário abre espaço para a criminologia positivista, de concepção individualista e determinista. Curioso observar que tal vertente criminológica ao mesmo tempo impulsionou o

nascimento da criminologia crítica como também serviu de objeto de crítica de Ferrajoli, colaborando, inclusive, para justificar a postura positivista do autor.

Para uma compreensão adequada da teoria, é necessário entender os principais aspectos da epistemologia garantista. Sales e Pinho (2022, p. 191) esclarecem que a obra “Direito e Razão” se divide em cinco partes, nas quais as três primeiras trabalham a “razão” em três sentidos - epistemológico, axiológico e teórico-normativo. A quarta parte destina-se ao caráter fenomenológico do garantismo, ou seja, mostrando o grau de inefetividade das garantias do Direito e Processo Penal italianos, e a quinta parte propõe expandir a noção de garantismo para uma teoria geral que vai além do campo penal.

A seguir serão apresentadas algumas características fundamentais do garantismo penal: o sentido da “razão”; o que são os axiomas; os elementos constitutivos; o positivismo crítico e a separação entre direito e moral.

No que tange à “razão”, presente inclusive no título de uma das suas principais obras, ela deve ser entendida a partir de três acepções: a primeira, epistemológica (fundamenta a razão no direito penal); a segunda, axiológica (fundamenta o direito penal a partir de um aspecto de razão) e; a terceira, normativa (de ordem interna).

Em sentido epistemológico, trata-se da racionalidade das decisões penais, que devem fundar em vínculos de conhecimento e não de autoridade. As decisões precisam ser, assim, motivadas para demonstrar a utilização de critérios jurídicos e a valoração das provas produzidas. Em sentido axiológico, a palavra razão designa o tema mesmo da justiça penal; ou seja, das justificações ético-políticas da pena e dos delitos. Trata-se da fundamentação externa ou política do Direito Penal que, invariavelmente, encerra juízos de valor (interesses e finalidades metajurídicas). Em sentido normativo, a razão designa o tema da validade ou coerência lógica interna de cada sistema penal positivo. Trata-se, portanto, da legitimação interna do Direito Penal; isto é, da conformação das normas inferiores com os princípios de grau superior (Pinho, Albuquerque, 2017, p. 39)

Quanto ao primeiro sentido, Ferrajoli (2002, p. 30) afirma que a unidade do sistema depende do fato de que os diversos princípios garantistas se configuram como um esquema epistemológico de identificação do sistema desvio penal, orientado a assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, assim, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. Nesse ponto, o autor destaca a diferença relativa à modelos que se contrapõe ao proposto pelo garantismo penal, quais sejam: o convencionalismo penal/cognitivismo processual e o substancialismo penal/ decisionismo processual.

Sales e Pinho (2022, p. 191) afirmam que Ferrajoli apresenta dois sistemas de Direito e Processo Penal contrapostos, antípodas: o modelo substancialista corresponde a um Direito Penal máximo e um Processo Penal de cunho inquisitório/decisionista, enquanto que o

modelo cognocitivista corresponde a um modelo de Direito Penal mínimo/ garantista e um Processo Penal acusatório.

Em síntese, o convencionalismo penal determina que o desvio punível não pode ser determinado, em nível abstrato, por características intrínsecas ou ontológicas (aquilo tido como imoral ou anormal), mas somente por aquilo que é indicado pela lei como pressuposto necessário para aplicação de uma pena. O tipo penal também não pode ser produzido com referência a figuras subjetivas, mas somente às figuras empíricas e objetivas de comportamento (Ferrajoli, 2002, p. 30).

O cognitivismo processual, por sua vez, afeta os pronunciamentos jurisdicionais, especificamente no que tange às “motivações”. Nesse caso, o pressuposto da pena deve ser a realização de um fato univocamente descrito e indicado como delito não apenas pela lei, mas pela hipótese da acusação, de modo que seja suscetível de prova ou confrontação judicial a partir do processo de refutação dos fatos apresentados (Ferrajoli, 2002, p. 32).

Nesses termos, é possível garantir ao cidadão uma esfera intangível de liberdade, pois nada que a lei não proíba não é punível, e também se garante a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei, pois não se julga a pessoa pelo que ela é ou representa, mas pelo que ela fez em subsunção à norma penal pré-existente (Ferrajoli, 2002, p. 31).

No campo processual, Ferrajoli (2002, p. 32) afirma que daí deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação. Assim, afasta-se a finalidade de defesa social e a ideia de que o processo deve buscar a condenação penal.

A análise feita pelo professor italiano - para além da riqueza e refinamento teórico-filosóficos - é fundamental para compreender, antes de tudo, que Direito e Processo Penal caminham sempre lado a lado, integrando um todo complexo, que diz respeito à forma por meio da qual o Estado exerce o poder de punir. Diferentemente da sistemática no campo civil, o Direito Penal não acontece senão por meio do Processo Penal e o modo de ser do Processo Penal é fruto das finalidades atribuídas ao Direito Penal e, em última análise, à própria pena. Em síntese: o perfil da intervenção punitiva (Direito e Processo Penal) nesse ou naquele sistema jurídico é, e sempre será, uma escolha política (Sales; Pinho, 2022, p. 192).

Acerca dessa escolha política, refere-se a uma escolha política externa ao Direito, com fundamentos na filosofia, moral etc., e uma escolha política interna ao próprio Direito, ou seja, aquela feita pelo sistema constitucional vigente. Sales e Pinho (2022, p. 192-193) destacam que, quando Ferrajoli contrapõe os modelos antípodas (substancialista x convencionalista), ele relembra que o segundo é fruto das conquistas iluministas, enquanto o primeiro atravessa a História por todos os tempos e, ainda hoje, insiste em marcar um espaço significativo mesmo em sistemas que adotam modelos de Constituição garantista.

O contrário do garantismo é o autoritarismo, cuja epistemologia o autor chama de inquisitiva ou antigarantista. O primeiro aspecto, portanto, é a concepção não formalista, mas sim ontológica ou substancialista do desvio, ou seja, objeto de conhecimento e de tratamento penal não é o delito enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial (Ferrajoli, 2002, p. 35).

O segundo elemento, segundo Ferrajoli (2002, p. 36), é o decisionismo processual que remete à falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção.

*La alternativa entre garantismo Ferrajoli autoritarismo en el derecho penal puede ser concebida, sobre esta base, como una alternativa epistemológica entre dos modelos teóricos contrapuestos de motivación judicial: uno cognoscitivista Ferrajoli convencionalista, porque se funda (prevalentemente) en conocimientos - de hecho Ferrajoli de derecho - expresados por proposiciones asertivas de las que puede predicarse la verdad Ferrajoli la falsedad; el otro, decisionista Ferrajoli sustancialista, porque se funda (prevalentemente) en decisiones o valoraciones expresadas por proposiciones prescriptivas o valorativas, Ferrajoli como tales ni verdaderas ni falsas. En la práctica, naturalmente, estos modelos se encuentran inevitablemente entrelazados, aunque sólo sea por la dimensión valorativa Ferrajoli decisionista que siempre interviene en toda actividad de conocimiento empírico (Ferrajoli, 2004, p. 235).*

No sentido axiológico, a razão significa estabelecer, validamente, uma fundamentação externa ou política para o Direito Penal. Assim, a fim de construir a argumentação para a justificação do Direito Penal e do Processo Penal, Ferrajoli propõe ordenada e logicamente doze interrogações: se, por quê, quando e como castigar (justificação da pena); se por quê, quando e como proibir (justificação dos delitos); se, por quê, quando e como julgar (justificação do processo) (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 43).

A justificação externa (as razões “do” Direito Penal – se e por quê) é obtida a partir da verificação de princípios normativos externos ao direito positivo, isto é de critérios de valoração moral, política ou de utilidade, o que corresponderia à “justiça” do Direito Penal. Entretanto, como esse termo carrega um significado um tanto comprometido, Ferrajoli prefere utilizar a expressão legitimação externa que é, inclusive, mais abrangente.

A justificação interna (as razões “de” Direito Penal – como e quando), por seu turno, é viabilizada a partir de princípios normativos internos ao ordenamento jurídico, isto é, critérios de valoração jurídicos, o que corresponderia à “validade” do Direito Penal (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 43-44).

Segundo o autor, um sistema penal será considerado legítimo do ponto de vista externo se é tido como “justo” com base a critérios morais ou políticos ou racionais etc., e

será considerado “justo” do ponto de vista interno se é tido como “válido” conforme as normas de direito positivo que disciplinam sua produção (Ferrajoli, 2002, p. 171).

Por fim, é necessário, ainda, compreender que Ferrajoli se coloca como positivista crítico, portanto, sua teoria é marcada pela separação entre direito e moral<sup>58</sup> e, por isso, preocupada com proposições de dever ser. Afasta-se, porém, do que ele chama de *paleopositivismo*, pois nesse modelo a legalidade não é apenas condicionante, mas também condicionada por vínculos jurídicos não somente formais, mas substanciais (Ferrajoli, 2004, p. 20).

Segundo Pinho (2021, p. 15) a separação entre direito e moral é para Ferrajoli pressuposto inegociável de qualquer doutrina sobre a justificação do poder punitivo. A propósito, quando o autor estabelece suas três teses teóricas em matéria de separação direito x moral, ganha destaque a tese meta-lógica, relativa à aplicação da chamada *Lei de Hume*, que será explicada adiante.

Deve-se esclarecer, entretanto, que o autor reconhece ser insustentável negar a conexão entre moral e direito<sup>59</sup>, pois qualquer sistema jurídico expressa valores morais, nem que sejam os de seus legisladores. Para o garantismo, então, afirmar a separação entre ambos implica, tão somente, sustentar a autonomia entre eles, ou seja, um não pode ser derivado do outro (Pinho, 2013, p. 46).

No sentido teórico, separar moral e direito significa afirmar a autonomia dos juízos jurídicos em relação aos juízos ético-políticos. Diz, portanto, respeito ao problema jurídico da *legitimação interna* do direito (ou de sua validade). Em outras palavras: o direito, para ser válido, não precisa (não deve) subordinar-se a valores morais (Pinho, 2013, p. 46-47).

Em “Direito e Razão”, Ferrajoli (2002, p. 175) afirma que a ideia de que não existe uma conexão necessária entre direito e moral é comumente considerada um postulado do positivismo jurídico. Trata-se de uma aquisição basilar da civilização liberal que reflete o processo por meio do qual, no início da Idade Moderna, tornaram-se laicos tanto o direito como a moral.

Nesses termos, para Ferrajoli (2002, p. 176), essa separação pode ser compreendida em dois sentidos. O primeiro, como já mencionado anteriormente, é uma tese sobre a

<sup>58</sup> Segundo Pinho (2013, p. 45) a partir dessa cisão impõem-se uma série de outras dualidades, tais como justificação externa x legitimação interna (do direito), justiça x validade, ser x dever ser.

<sup>59</sup> A autora esclarece que na obra *Direito e Razão* não é possível sentir essa posição mais amena de Ferrajoli, somente em escritos posteriores nota-se que o filósofo retira um pouco da radicalidade da tese da separação (Pinho, 2013, p. 46).

autonomia dos juízos; e o segundo remete ao problema político da justificação externa ou da justiça.

A separação entre direito e moral é uma exigência da *Lei de Hume*, que é o princípio metalógico segundo o qual não podem ser extraídas conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem vice e versa.

Segundo o autor, a aplicação da Lei de Hume explica que preclui como “falácia naturalista” a derivação do direito válido ou “como é” do direito justo ou “como deve ser” e vice versa. Assim, seriam *ideologias* todas as teses e doutrinas viciadas por falácias similares, seja porque trocam o dever ser com o ser ou o ser com o dever ser (Ferrajoli, 2002, p. 176).

No campo do direito penal são três os princípios axiológicos relativos às concepções dos delitos, do processo e da pena, que derivam da aplicação da tese de separação entre direito e moral.

A primeira concepção, quando aplicada ao delito, comporta o fato de que o direito penal não possui a tarefa de impor ou reforçar a (ou uma determinada) moral, mas, sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros (Ferrajoli, 2002, p.178).

A segunda, quando aplicada ao processo, impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade, o caráter ou, ainda, sobre outros aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, portanto, são as únicas coisas que podem ser empiricamente comprovadas pela acusação e refutadas pela defesa (Ferrajoli, 2002, p. 178).

A terceira, quando aplicada para justificação da pena e de seus modos de execução, implica que a sanção penal não deve possuir conteúdos nem finalidades morais. Assim, não deve ter como fim a transformação moral do condenado, não cabendo ao Estado o direito de alterar a personalidade dos réus (Ferrajoli, 2002, p. 178).

Em especial, essa última premissa é o ponto fundamental para compreender as críticas que o autor vai trazer acerca das teorias clássicas de justificação da pena e também sobre as pretensões abolicionistas. Assim, ainda que o garantismo seja uma teoria que legitima e defende o sistema penal, isso não se dá da mesma forma que as teorias mencionadas.

Toda essa articulação desenvolvida por Ferrajoli, no *Direito e Razão*, acerca da separação entre direito e moral deixa absolutamente claro que o garantismo nesse ponto crucial de sua epistemologia, é produto da modernidade, herdeiro da tradição ilustrada, do utilitarismo liberal, e, por fim, do positivismo jurídico (Pinho, 2013, p. 171)

Pode-se dizer, portanto, que Ferrajoli enquadra-se como neo-iluminista. A separação entre direito e moral decorre da ideia de que o poder é mau e que não se pode acreditar na ideia do “bom poder”. Da Ilustração se herda a ideia de contenção e de constrição, pois qualquer poder, não somente o público, tende ao abuso.

O que diferencia esse positivismo que pauta o garantismo do positivismo clássico é que o primeiro movimento positivista foi exegetico, com a ideia de Montesquieu do juiz boca da lei. A passagem de poder do monarca absolutista ao parlamento, nessa concepção, teve por consequência a transferência de um poder sem limites. Oras, se ao juiz cabe aplicar a lei, não importando seu conteúdo, quem limita aquele que a produz?

O dogma da fé, que marcou a Idade Média, foi substituído pelo dogma da razão, tão quanto incontrolável, pois a lei, inicialmente, foi vista como perfeita, como expressão da vontade geral.

Nesse sentido, o Iluminismo representou, há que se reconhecer, um grande avanço. O medo do Estado justificava-se àquela altura. A desconfiança em relação ao Poder Executivo era totalmente procedente. Daí porque o Legislativo floresce como o grande soberano, impondo-se a legalidade como forma de evitar a coerção com base em valores morais. Isso, sem dúvida, foi uma conquista emblemática, responsável pela humanização do Direito Penal, e que, até hoje, informa sua própria existência (Pinho, 2013, p. 49)

Assim, para manter as conquistas do Iluminismo e, ao mesmo tempo, superar as críticas ao positivismo clássico, o garantismo no Estado Constitucional reconhece o valor da razão, mas estabelece que ela própria é limitada, e a lei é condicionante e condicionada.

No paradigma do positivismo dogmático<sup>60</sup> não há como distinguir a lei vigente de lei válida. O critério da autoridade e a obediência formal aos procedimentos seriam suficientes para afirmar a legitimidade da lei, ou seja, não há preocupação com seu conteúdo, mas apenas com a observância do processo legislativo (Pinho, 2017, p. 92).

O positivismo crítico de Ferrajoli (2002, p. 700) se reflete no modo de conceber o trabalho do juiz e do jurista, pondo em questão dois dogmas do juspositivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e valorativa do jurista na observação do direito positivo vigente.

---

<sup>60</sup> Chamo de “juspositivismo dogmático” cada orientação teórica que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade; sejam os ordenamentos normativos, que assumem como vigentes somente as normas válidas, sejam as ordenações realistas, que assumem como vigentes apenas normas efetivas (Ferrajoli, 2002, p. 699)

*In quanto teoria generale del diritto, il garantismo si qualifica dunque come “giuspositivismo critico”: è Ferrajoli stesso a rappresentarlo così, contestando il “giuspositivismo dogmatico” di chi predica la validità del diritto vigente o assimila le nozioni di esistenza ed effettività delle norme. L’allargamento dell’orizzonte teorico del positivismo, tuttavia, è solo uno dei profili da cui può essere contemplato l’edificio del garantismo. Le geometrie complesse del suo disegno architettonico poggiano sui pilastri di una solida filosofia politica e convergono in un’originale teoria della democrazia (Ippolito; Mastromartino; Pino, 2020, p. 362)<sup>61</sup>*

Assim, no contexto do Estado Democrático de Direito, à luz da pirâmide normativa, onde os direitos fundamentais estão positivados na Constituição, a lei vigente somente será válida se harmônica com tais ditames.

Exatamente aqui reside o desafio ao juiz garantista: compreender o intrincado sistema de valores da Constituição, descobrir o direito inferior, fazer a comparação, encontrar os fundamentos formais da vigência, e, sobretudo, verificar se materialmente a compatibilidade também se apresenta. Se após essa complexa tarefa de interpretação (e valoração), o julgador convencer-se da validade do direito positivo de grau inferior, então poderá aplicá-lo. Caso contrário, se verificar que entre o direito vigente e o direito válido existe um abismo deverá denunciá-lo, deslegitimando o comando que estiver em contraste com a norma de grau superior (Pinho, 2017, p. 92-93).

O positivismo crítico, portanto, mantém a separação entre direito e moral como premissa fundamental para a existência da teoria, entretanto, tenta superar as críticas sofridas pelos positivistas clássicos quanto à ausência de uma dimensão material das leis.

Como é possível imaginar, a saída encontrada por Ferrajoli é fonte de críticas e, possivelmente, é o ponto mais controverso de toda a teoria garantista, todavia, o objetivo neste momento é delinear as principais características epistemológicas que tornam o garantismo o que ele é.

Quanto aos fundamentos internos, dentro do campo normativo, Pinho e Albuquerque (2017, p. 44) destacam que o importante é desenvolver teoricamente um modelo de direito penal harmônico com o perfil de Estado no qual se insere, buscando critérios de valoração jurídicos e argumentos de validade à luz dos preceitos normativos internos. Nessa seara, inserem-se os parâmetros estabelecidos pelas garantias penais e processuais oriundas dos axiomas garantistas, que serão tratados em seguida.

Ippolito (2011, p. 36) afirma que a obra “Direito e Razão” renova o fecundo casamento entre utilitarismo e contratualismo típico do discurso político iluminista. Assim,

<sup>61</sup> Como teoria geral do direito, o garantismo é, portanto, qualificado como “positivismo jurídico crítico”: o próprio Ferrajoli assim o representa, contestando o “positivismo jurídico dogmático” daqueles que pregam a validade do direito vigente ou assimilam as noções de existência e eficácia do direito..A ampliação do horizonte teórico do positivismo, porém, é apenas um dos perfis a partir dos quais o edifício do garantismo pode ser contemplado. As complexas geometrias do seu projeto arquitetônico assentam nos pilares de uma sólida filosofia política e convergem numa original teoria da democracia (tradução nossa).

garantismo e direito penal mínimo são sinônimos que designam um modelo teórico e normativo de direito penal, ou seja, um sistema de limites e vínculos ao exercício de poder através da observância dos axiomas já mencionados.

Ao contrário do que se pode pensar, não se trata de uma teoria dogmática, mas de uma tentativa de recuperar a capacidade crítica do direito e do jurista, sobretudo porque a práxis jurídica deverá ter como fim primordial a tutela dos direitos fundamentais (Carvalho, 2008, p. 79).

Trata-se de uma retomada, portanto, do debate surgido na ilustração e interrompido pelas vertentes criminológicas positivistas com um aprimoramento das discussões ali iniciadas.

Somente a partir da compreensão dos pontos aqui apresentados será possível entender logo adiante os principais objetivos do garantismo e como o direito penal mínimo se diferencia das demais abordagens chamadas de minimalistas.

### 3.2.1 Os axiomas garantistas

A análise dos axiomas garantistas é parte essencial do garantismo penal. A análise do quão garantista é determinado ordenamento jurídico pode ser feita a partir do cumprimento dos axiomas apresentados por Ferrajoli, de modo que, quanto mais são atendidos, mais garantista é aquele ordenamento.

Ferrajoli (1995, p. 92) explica que esses axiomas são formados por implicações entre cada termo da série por ele apresentada e os termos subsequentes. O autor faz uma ressalva importante sobre a função deles, ao afirmar que:

*[...] no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos Ferrajoli/o parámetros de justificación externa. Se trata, en otras palabras, de implicaciones deónticas, normativas o de deber ser, cuya conjunción en los distintos sistemas que aquí se axiomatizarán da vida a modelos a su vez deónticos, normativos o axiológicos. La adopción de estos modelos, comenzando por el garantista en máximo grado, supone, pues una opción ético-política en favor de los valores normativamente tutelados por ellos. Eso no impide el carácter descriptivo, Ferrajoli no normativo, de su análisis teórico Ferrajoli, sobre todo, de su uso - como se realizarán en el curso de este libro - para interpretar Ferrajoli explicar los principios de justificación política Ferrajoli de convalidación jurídica de los distintos sistemas penales concretos, además de las separaciones, inevitablemente conectadas a su carácter normativo, entre justicia, validez Ferrajoli efectividad penal (Ferrajoli, 1995, p. 92).*

A epistemologia garantista de “dever ser” fica bem demarcada a partir dos axiomas estabelecidos pelo autor italiano. Ele se preocupa em deixar explícito que a adoção de tais implicações representa uma opção ético-política pelos valores normativamente tutelados, ou seja, não se trata apenas do cumprimento de regras formais, mas de proposições que representam a tutela de algum direito que deve ser garantido (Ferrajoli, 1995, p. 92).

Explica Ferrajoli (1995, p. 92) que cada princípio (ou implicações deônticas) enuncia uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Segundo o autor, tratam-se de condições necessárias, sem as quais não é permitido ou se está proibido castigar.

A função específica das garantias no Direito Penal não é tanto permitir ou legitimar, mas condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo. Eles se dividem em pena, delito e processo e, segundo o autor, “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade” designam requisitos ou condições penais, enquanto que “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” designam requisitos ou condições processuais (Ferrajoli, 1995, p. 92-93).

Assim, são dez os axiomas do garantismo penal, também chamado pelo autor de o sistema garantista, SG. Segundo Ferrajoli (1995, p. 93), é garantista, cognitivo ou de estrita legalidade o sistema penal que inclui os termos desta série. Destaca que é um modelo limite, nunca perfeitamente factível. Trata-se de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais apresentados da seguinte maneira:

- A1 *Nulla poena sine crimine*
- A2 *Nullum crimen sine lege*
- A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
- A4 *Nulla necessitas sine iniuria*
- A5 *Nulla iniuria sine actione*
- A6 *Nulla actio sine culpa*
- A7 *Nulla culpa sine iudicio*
- A8 *Nullum iudicium sine accusatione*
- A9 *Nulla accusatio sine probatione*
- A10 *Nulla probatio sine defensione*

*Llamo a estos principios, además de a las garantías penales Ferrajoli procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez Ferrajoli acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación (Ferrajoli, 1995, p. 93).*

Pode-se, portanto, afirmar que o sistema garantista penal é estruturado a partir desses dez princípios, organizados em garantias penais e garantias processuais, de maneira que, quanto mais eles são cumpridos, mais garantista é aquele ordenamento. Torna interessante compreender que o garantismo penal, sendo uma teoria legitimadora do direito penal, traz, na sua forma de ser, um verdadeiro parâmetro de deslegitimação ao estabelecer que não é garantista o ordenamento que deixa de aplicar tais princípios.

Ferrajoli (1995, p. 93) explica, ainda, que esses princípios foram elaborados tendo por base o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebeu como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto. Eles têm sido incorporados, nas constituições e ordenamentos jurídicos, convertendo-se, assim, em princípios jurídicos do moderno Estado de direito.

Não à toa, existe uma compatibilidade entre tais axiomas e a Constituição Federal Brasileira de 1988. Uma breve leitura da carta constitucional, possibilita localizar esses princípios, de maneira expressa ou não, de forma a caracterizar e delimitar o sistema penal no Estado Democrático brasileiro.

Segundo o autor (Ferrajoli, 2018, p. 35), as garantias são geralmente associadas exclusivamente à prevenção dos castigos arbitrários ou excessivos, à defesa social e seguridade e em geral à prevenção dos delitos. Entretanto, “[...] *es fácil comprobar que la historia de las penas Ferrajoli de los procesos en su conjunto ha sido más infamante para la humanidad que la historia de los delitos*” (Ferrajoli, 2018, p. 35).

Assim, o considera que a segurança e as liberdades fundamentais podem ser ameaçadas tanto pelos aparatos repressivos quanto pela criminalidade, e que tais garantias somente podem ser defendidas através de uma correta averiguação dos fatos (Ferrajoli, 2018, p. 35).

Em “Direito e razão”, Ferrajoli dedica espaço, nos capítulos VII; VIII; IX, para demonstrar a aplicabilidade dos axiomas na justificação do sistema penal e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico. No capítulo seguinte desta tese, a proposta será de realizar tal análise à luz do sistema penal brasileiro e das suas possibilidades legitimamente democráticas.

Ainda assim, é interessante compreender a importância do princípio da estrita legalidade, pois de todos que compõem o sistema SG, Ferrajoli (1995, p. 95) afirma que este é o que caracteriza o sistema cognitivo, ocupando em um lugar central. Assim, enquanto o axioma da mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito, o princípio da estrita legalidade exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal.

*Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada. De ahí se sigue como aclararé mejor en los apartados 26 Ferrajoli 28, un distinto papel de los dos principios Ferrajoli una distinta estructura normativa del sistema legal exigida por ellos: la simple legalidad de la forma Ferrajoli de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas Ferrajoli delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal Ferrajoli como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes (Ferrajoli, 1995, p. 95).*

A distinção entre mera legalidade e estrita legalidade é essencial para o garantismo penal, pois trata-se de um dos traços principais que permite diferenciar o chamado positivismo crítico, que, portanto, não se conforma com a exigência de cumprimento de ritos formais do processo legislativo, mas também com o teor das normas.

Não à toa, Ferrajoli (1995, p. 95) afirma que a mera legalidade é dirigida aos juízes, para que considerem como delito qualquer fenômeno livremente classificado pela lei como tal, enquanto a estrita legalidade é destinada ao legislador, que necessita de uma técnica específica de qualificação penal idônea para garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de sua enunciação.

Assim, no primeiro sentido, o autor trata da reserva da lei, no aspecto formal, e se limita a prescrever a sujeição do juiz às leis vigentes. No segundo sentido, identifica-se com a reserva absoluta da lei no aspecto substancial e determina que tal conteúdo deve ser dotado de significado unívoco e preciso (Ferrajoli, 1995, p. 95).

*Se comprende, por otro lado, cómo el principio de estricta legalidad implica todas las demás garantías - de la materialidad de la acción al juicio contradictorio - como otras tantas condiciones de verificabilidad Ferrajoli de verificación, Ferrajoli forma por ello también el presupuesto de las estricta jurisdiccionalidad del sistema. [...] la estricta legalidad garantiza la verificabilidad Ferrajoli la refutabilidad de los supuestos típicos penales abstractos asegurando, mediante las garantías penales, la denotación taxativa de la acción, del dño Ferrajoli de la culpabilidad que forman sus elementos constitutivos; mientras la estricta jurisdiccionalidad garantiza la verificación Ferrajoli la refutación de los supuestos típicos penales concretos asegurando, mediante las garantías procesales, los presupuestos empíricos de la carga de la prueba a cargo de la acusación Ferrajoli del derecho a la refutación por parte de la defensa (Ferrajoli, 1995, p. 96).*

Segundo Pinho e Albuquerque (2017, p. 104-105), o aspecto formal do princípio da legalidade traduz a necessária separação entre direito e moral, tão importante na obra de Ferrajoli, pois somente as leis dizem o que é delito, ou seja, a moral não define o definem, nem as leis não definem o que é pecado.

Trata-se, como expõem os autores (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 105), de uma importante função de delimitar o poder punitivo estatal. A legalidade, em seu aspecto formal e

material, foi uma avanço significativo no direito penal moderno, ao encerrar uma fase de exercício desmedido e absoluto do poder de punir.

É essencial compreender esse duplo aspecto do princípio da legalidade, pois com isso torna-se possível manter o direito penal coerente com a existência de um Estado Democrático, tendo em vista que ordenamentos que existem somente sob o signo da mera legalidade podem enveredar para regimes autoritários através do uso de figuras penais iníquas, ainda que formalmente válidas, pois estariam descritas em lei (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 105).

Acerca da realização prática do sistema S,G cabe deixar aqui a ressalva feita por Sales e Pinho (2022, p. 193-194) de que tal sistema deve ser mantido como meta, pois não se pode abandonar o postulado imprescindível ao garantismo, que é a já mencionada Lei de Hume. Assim, não é porque o SG é irrealizável em seu sentido pleno que não deve ser mantido como objetivo principal, pois se coloca como mecanismo que possibilita a diminuição de espaços de poder com a ampliação de espaços racionais de controle.

### 3.2.2 Democracia de todos

O conceito de democracia é basilar para a correta compreensão da teoria garantista, razão pela qual se faz necessário aprofundar esse conceito já brevemente mencionado no primeiro capítulo desta tese. Na verdade, só se pode falar em garantismo em um contexto democrático. Segundo Ferrajoli (2012, p. 8), a democracia constitucional é um sistema com uma dupla dimensão: a dimensão formal, fundada no exercício dos direitos de autonomia (política ou civil); e a dimensão substancial, na tutela da liberdade e na satisfação dos direitos sociais.

Ferrajoli (2012, p. 27) afirma que o conceito de “paradigma constitucional” ou “garantista” equivale ao sistema dos limites e dos vínculos substanciais, quaisquer que sejam, impostos a todos os poderes públicos por normas de grau superior àquelas produzidas por seu exercício.

Assim, o autor considera incompleta uma concepção de democracia limitada a uma identificação com o sufrágio universal e baseada no princípio majoritário. O filósofo expressa que a sobrevivência da própria democracia política ou formal depende de que não seja aceito que maiorias possam suprimir minorias ou até mesmo as próprias regras da democracia política (Ferrajoli, 2012, p. 76).

[...] la dimensión formal de la <<democracia política>>, que hace referencia al quién Ferrajoli al cómo de las decisiones Ferrajoli que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; Ferrajoli la dimensión material de la que bien podría llamarse <<democracia sustancial>>, puesto que se refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, Ferrajoli que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales Ferrajoli de los demás principios axiológicos establecidos por aquella (Ferrajoli, 2004, p. 23).

O risco da adoção de uma perspectiva meramente numérica, logo, formal, pode conduzir a uma espécie de “democracia do risco”<sup>62</sup> que “[...] além de virtualmente antiliberal, perenemente exposta aos perigos de autodestruição provenientes da onipotência (isto é do absolutismo político) da maioria”(Ferrajoli, 2004, p. 23).

O filósofo destaca que os direitos fundamentais se configuram como outros tantos vínculos substanciais impostos à democracia política: vínculos negativos, gerados por direitos de liberdade que nenhuma maioria pode violar; e vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer (Ferrajoli, 2004, p. 23).

A democracia política se identifica com a esfera do decidível, que é delimitada por e vinculada a aqueles direitos. Dessa forma, nenhuma maioria, nem por unanimidade, pode legitimamente decidir violar um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social. Assim, os direitos fundamentais, precisamente porque estão garantidos para todos e excluídos da disponibilidade do mercado e da política, foram a chamada “*esfera de lo indecible que Ferrajoli de lo indecible que no*” (Ferrajoli, 2004, p. 22).

Afirma Ferrajoli (2004, p. 25) que as garantias não são outra coisa que senão as técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre a normatividade e a efetividade, e dessa maneira possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional.

[...] el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales Ferrajoli por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos (Ferrajoli, 2004, p. 25).

É importante lembrar, como já dito, que o garantismo vai muito além da perspectiva penal. Assim, embora Ferrajoli já desenvolva em “Direito e Razão” a perspectiva democrática em sua dupla dimensão, são diversas as outras obras em que o autor italiano aprofunda essa discussão.

<sup>62</sup> Termo utilizado por Anna Pintore na obra *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 164; *Los fundamentos*, cit., p. 265.

Na obra “*La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*” (2021), o autor diferencia a Teoria do Direito e a Teoria da Democracia. Afirma que a teoria do Direito é uma teoria formal e analítica, válida para qualquer sistema jurídico, pois não diz nada sobre o conteúdo normativo da lei e da Constituição. A teoria da Democracia, por sua vez, é fruto de uma interpretação semântica da teoria da teoria do Direito, cujas teses associam os conteúdos prescritivos, cuja implementação identifica a natureza democrática dos sistemas políticos.

O primeiro campo analisa o garantismo constitucional como sistema de relações sintáticas de não contradição e implicações existentes entre aquelas expectativas universais, sejam elas quais forem, que são os princípios e direitos que constitucionalmente consistem em suas garantias, bem como o conjunto de regras de jurisdição. O segundo estabelece quais direitos fundamentais exigem, quais são garantidos, quais poderes devem ser compartilhados, quais separam e quais devem ser confiados à autonomia direta ou indireta de seus titulares, de modo que um sistema jurídico e político pode ser considerado tão democrático quanto às formas de produção normativa e quanto ao conteúdo das normas produzido (Ferrajoli, 2021).

Um dos principais pontos para a compreensão noção democrática de Ferrajoli (2021) é a afirmação de que que a democracia constitucional é tanto mais sólida quanto mais estreitas e obrigatórias são as relações isomórficas que ligam as garantias constitucionais e o sistemas às condições democráticas, formais e substantivas de validade jurídica e às condições formais e substantivas de legitimidade democrática.

Acerca da dupla dimensão da democracia, reafirma o autor:

*Le due dimensioni – quella formale e quella sostanziale – corrispondono, come si disse nel § 3.8, ad altrettanti tipi di attività: volontà e accertamento, potere e sapere, consenso e verità, innovazione e conservazione e, nelle pubbliche funzioni, legis-latio e iuris-dictio, innovazione e attuazione, funzioni di governo e funzioni di garanzia. Di qui la diversità delle loro fonti di legittimazione che ne giustifica la separazione. La democrazia formale, sia politica che civile, riguarda quella che nel § 3.1 ho chiamato la sfera del decidibile: si fonda perciò sull'autodeterminazione delle persone, nelle forme indirette dell'autonomia politica e della rappresentanza della volontà popolare nella sfera pubblica e in quelle dirette dell'autonomia negoziale nella sfera privata. La democrazia sostanziale, sia liberale che sociale, riguarda invece la sfera del non decidibile: si fonda perciò sulla soggezione al diritto, e precisamente alla costituzione, delle funzioni deputate a garantire l'intangibilità di tale sfera, sia in via primaria che in via secondaria. La prima è stata resa possibile dal primo dei due mutamenti di paradigma illustrati nel § 4.1, quello realizzatosi con il gius-positivismo e con l'affermazione, nello stato legislativo di diritto, del principio di legalità formale quale norma di riconoscimento dell'esistenza delle leggi e della loro validità formale sulla base unicamente delle forme (il chi e il come) della loro produzione. La seconda è stata determinata dal secondo mutamento, quello realizzatosi con il gius-costituzionalismo rigido e con l'affermazione, nello stato costituzionale di diritto, del principio di legalità sostanziale, in aggiunta a quello di legalità formale, quale*

*ragione sociale del sistema giuridico e come norma di riconoscimento della validità sostanziale delle leggi sulla base della loro sostanza, ossia di quali contenuti (il che cosa) non è permesso oppure è obbligatorio decidere (Ferrajoli, 2021, p. )<sup>63</sup>*

Para Ferrajoli (2004, p. 15), há uma crise profunda e crescente do direito, inclusive nos países de democracia mais avançada. Ele ressalta três aspectos fundamentais dessa crise. O primeiro deles reside na legalidade, expresso pela ausência ou ineficácia dos controles, ou seja, na variada e chamativa ilegalidade do poder. O segundo aspecto se perfaz na crise do Estado Social:

*Como se sabe, esta crisis ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites Ferrajoli prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general Ferrajoli abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, Ferrajoli el Estado social, que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre pre determinables de manera general Ferrajoli abstracta Ferrajoli, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza Ferrajoli estricta legalidad Ferrajoli confiadas a la intermediación burocrática Ferrajoli partidista (Ferrajoli, 2004, p. 16)*

A crise se manifesta na inflação legislativa, que tem como consequência a falta de certeza, a incoerência e a falta de elaboração de um sistema de garantias dos direitos sociais, que geram um terreno fecundo para a corrupção e ao arbítrio (Ferrajoli, 2004, p. 16).

O terceiro aspecto da crise está ligado à crise do Estado nacional, o que se manifesta na mudança dos lugares da soberania, na alteração do sistema de fontes e, por decorrência lógica, uma fragilização do constitucionalismo (Ferrajoli, 2004, p. 16).

O diagnóstico deste cenário é importante, pois, de acordo com o autor, esta tripla crise corre o risco de se traduzir em uma crise da democracia. Isso acontece pois todos os aspectos

---

<sup>63</sup> As duas dimensões – a formal e a substancial – correspondem, como referido no § 3.8, a tantos tipos de atividade: vontade e avaliação, poder e conhecimento, consenso e verdade, inovação e conservação e, nas funções públicas, legislativo e iurisdictio, inovação e implementação, funções de governo e funções de garantia. Daí a diversidade das suas fontes de legitimação que justifica a sua separação. A democracia formal, tanto política quanto civil, diz respeito ao que chamei no § 3.1 de esfera do decidível: baseia-se, portanto, na autodeterminação do povo, nas formas indiretas de autonomia política e na representação da vontade popular na sociedade esfera e naqueles aspectos diretos da autonomia negocial na esfera privada. A democracia substantiva, tanto liberal quanto social, diz respeito, ao contrário, à esfera do indecidível: baseia-se, portanto, na sujeição à lei, e precisamente à constituição, das funções atribuídas para garantir a inviolabilidade dessa esfera, tanto primária quanto secundária. A primeira foi possibilitada pela primeira das duas mudanças de paradigma ilustradas no § 4.1, aquela que se deu com o positivismo jurídico e com a afirmação, no estado de direito legislativo, do princípio da legalidade formal como regra de reconhecimento da existência de leis e sua validade formal com base apenas nas formas (quem e como) de sua produção. A segunda foi determinada pela segunda mudança, aquela que se deu com a rigidez do direito constitucional e com a afirmação, no estado constitucional de direito, do princípio da legalidade substancial, além do da legalidade formal, como nome social da o jurídico e como regra de reconhecimento da validade substancial das leis com base em sua substância, ou seja, qual conteúdo (qual) não é permitido ou é obrigatório decidir (Tradução nossa).

apontados equivalem a uma crise do princípio da legalidade, isso é, a sujeição dos poderes públicos à lei, na qual se fundam tanto a soberania popular quanto o paradigma do Estado de direito (Ferrajoli, 2004, p. 17).

Isso desemboca na reprodução de formas que Ferrajoli (2004, p. 17) chama de “neo-absolutistas” do poder público, ou seja, carentes de limites e de controles, e governadas por interesses fortes e ocultos, dentro dos ordenamentos.

Rubens Casara (2020, p. 19) discute o fenômeno chamado de “Estado Pós-Democrático”<sup>64</sup>. Para o autor, o Estado Democrático tem como principal característica a existência de limites legais ao exercício do poder. Assim, ele pode ser visto como sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado no qual os indivíduos, em especial os agentes estatais, estão sujeitos à lei, coerente com a Constituição da República.

É possível perceber que existe uma compatibilidade entre as abordagens de Casara e Ferrajoli. Embora o autor italiano apresente um conceito de Democracia bem complexo, há uma característica comum entre as abordagens, a partir da perspectiva de que o Estado Democrático coincide com o Estado Constitucional em uma espécie de ordenamento com limites rígidos.

No Estado Democrático de Direito busca-se limitar os espaços de arbítrio e opressão, em especial, em razão da incidência do princípio da legalidade estrita. Por legalidade estrita entende-se a técnica legislativa que se dirige a disciplinar e limitar o mais rigidamente possível o exercício dos poderes estatais e, principalmente, a violência institucional, por meio da determinação normativa de seus pressupostos. A legalidade estrita exige uma produção legislativa dotada de referências empíricas para que seja possível a sua aplicação a partir de eventos ou proposições verificáveis (Casara, 2020, p. 20).

Seguindo os passos de Ferrajoli, Casara (2020, p. 20) compreende que o Estado Democrático resgata a tradição ilustrada e liberal que sustenta a ampliação da defesa da liberdade e a restrição dos espaços que permitem o exercício arbitrário do poder. Nos mesmos moldes das preocupações de Ferrajoli ao sustentar o positivismo crítico, Casara preocupa-se com a tendência de que um poder ilimitado permita abusos, mencionando, inclusive, a necessidade de evitar novos holocaustos.

A atual conjuntura oferece, porém, novos desafios à sobrevivência desse Estado Democrático de Direito. No primeiro capítulo desta pesquisa, foi possível perceber que o

---

<sup>64</sup> A expressão “pós-democracia” costuma ser atribuída ao cientista político inglês Colin Crouch, que a utilizou para designar o momento em que há o pleno funcionamento (formal) das instituições democráticas (eleições, liberdade de expressão etc.), mas no qual a dinâmica democrática progressivamente desaparece.

diagnóstico do sistema penal brasileiro deixa evidente que não está ocorrendo a contenção de abusos, não à toa a declaração do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário.

Assim, Casara (2020, p. 21) identifica uma nova conjuntura na qual não se identifica a violação dos limites ao exercício do poder, mas o desaparecimento de qualquer pretensão de fazer valer esses limites. O autor afirma que os sintomas pós-democráticos estão na sociedade, na mercantilização do mundo à sociedade do espetáculo, na reaproximação entre o poder político e o poder econômico ao crescimento do pensamento autoritário.

Ironicamente, o desaparecimento dos valores democráticos se deu em nome da própria democracia. Segundo Casara (2020, p. 23) o encobrimento “democrático” de movimentos antidemocráticos tornou-se uma constante desde o século passado.

Por “Pós-Democrático”, na ausência de um termo melhor, entende-se um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor. No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador. O ganho democrático que se deu com o Estado Moderno, nascido da separação entre o poder político e o poder econômico, desaparece na pós-democracia e, nesse particular, pode-se falar em uma espécie de regressão pré-moderna, que se caracteriza pela vigência de um absolutismo de mercado (Casara, 2020, p. 23).

Casara (2020, p. 24) reconhece que nos países nos quais a luta contra concepções abertamente autoritárias e a favor da concretização de direitos básicos ainda é distante de ser encerrada. Assim, a pós-democracia se mostra mais complexa e dramática, tal como ocorre na América Latina.

O autor destaca que nesse contexto a democracia permanece apenas como farsa, perdendo seu conteúdo. Dessa forma, em nome da “democracia”, rompe-se com os princípios democráticos, de maneira a desaparecer a premissa de um governo do povo, havendo um esvaziamento da democracia participativa (Casara, 2020, p. 31).

O Brasil, por exemplo, em que o “liberalismo” conviveu com a “escravidão” por vários anos, hoje apresenta uma nova variação de Estado liberal-autoritário: um Estado Pós-Democrático, que não tem qualquer compromisso com a concretização de direitos fundamentais, com o resultado de eleições, com os limites ao exercício do poder ou com a participação popular na toma de decisões. Como no início do século XIX, quando o liberalismo se instaurou no Brasil adaptando-se sem dificuldade a uma realidade autoritária - marcada pela escravidão, pela mediação do “favor” e pela pessoalidade -, o neoliberalismo e a pós-democracia convivem sem constrangimento em todo o mundo, com o incremento da coerção e da restrição a direitos em nome da “liberdade” do mercado e das corporações (Casara, 2020, p. 37).

O Estado Pós-Democrático, portanto, coaduna-se com as críticas realizadas por Ferrajoli, quando se considera a democracia unicamente através de sua perspectiva formal, desconsiderando a tão importante concepção material.

Ferrajoli (2021) afirma que a democracia em sua dimensão puramente formal, ou seja, que considera somente a maioria, é capaz de degenerar a ponto de negar-se em si. Para isso, conotações e condições substanciais, além das formais, são exigidas conforme necessário para garantir as mesmas formas e o mesmo método democrático e suas diversas condições, como por exemplo, qualquer definição teórica de "democracia" com capacidade explicativa.

O resultado é um paradigma complexo – democracia constitucional, precisamente – e ao lado da dimensão política, relativa às formas representativas das decisões, inclui-se três outras dimensões essenciais.

O que é possível perceber, portanto, é que o Estado Pós-Democrático é a demonstração de que a ausência de observância da dupla concepção de democracia leva ao fortalecimento do autoritarismo e ao enfraquecimento de um sistema garantista.

### 3.2.3 A reserva de código

Ferrajoli constrói sua perspectiva teórica a partir da necessidade de que o direito penal seja instrumento de redução de violências e de proteção do mais débil, e não o contrário. Assim, se todo poder tende ao abuso, são necessários mecanismos que tornem esse direito penal legítimo, caso contrário, não é possível falar de garantismo.

Um desses mecanismos é a chamada reserva de código, que é apresentada pelo autor como contraponto ao fenômeno de inchaço legislativo. Para compreender esse mecanismo, é necessário ressaltar mais uma vez que as garantias penais e processuais são essencialmente garantias negativas, orientadas a limitar o poder punitivo para a tutela das liberdades individuais (Ferrajoli, 2018, p. 28).

Segundo o autor, essa é uma exigência do próprio projeto de Direito Penal mínimo, ou seja, um sistema penal que seja capaz de vincular a intervenção punitiva - tanto na previsão legal dos delitos, como na sua averiguação judicial - a rígidos limites impostos para a tutela dos direitos da pessoa (Ferrajoli, 2018, p. 28).

Assim, tanto as garantias processuais quanto as penais valem para limitar e minimizar o poder punitivo, na medida em que são todas configuráveis como técnicas normativas tendentes a vincular a função de comprovação da verdade processual (Ferrajoli, 2018, p. 29).

Segundo o autor, o poder judiciário se diferencia de qualquer outro poder público em razão de não admitir uma legitimação do tipo representativa ou consensual, mas somente do tipo racional ou legal (Ferrajoli, 2018, p. 29). É válido lembrar que a separação entre direito e moral, marca do positivismo crítico do filósofo, são pilares da teoria garantista e sempre se fazem presente na construção argumentativa de Ferrajoli,

*Un ciudadano no puede ser castigado solamente porque ello responde a la voluntad o al interés de las mayorías. Ninguna mayoría, por amplia que sea, puede volver legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Ferrajoli ningún consenso político - del Parlamento, la prensa, los partidos, o la opinión pública - puede suplantar o, al contrario, pasar por alto las pruebas de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el consenso o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer que se vuelva verdadero lo que es falso, o viceversa (Ferrajoli, 2018, p. 30).*

Ocorre que Ferrajoli (2018, p.30) reconhece que o modelo garantista é um modelo teórico, refutado e violado, de fato, em razão de extensos espaços de discricionariedade que geram um déficit de garantias no sistema judicial. Em virtude da carência de garantias penais, tem-se a inflação legislativa e a indeterminação semântica dos tipos penais, o que gera espaços incontroláveis de discricionariedade para a intervenção penal, em contradição com o princípio da estrita legalidade.

Tal fenômeno é perceptível com facilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme demonstrado no diagnóstico do sistema penal realizado no primeiro capítulo, a história legislativa criminal é permeada de imprecisões e de criações de novos tipos penais ou incrementos de penas privativas de liberdade sem que nunca se compreenda racionalmente a razão de tais alterações.

No aspecto processual, Ferrajoli (2018, p. 30) afirma que a debilidade de tais garantias causa o desregulamento do sistema acusatório, o que desequilibra o processo, reforçando o enorme papel da acusação.

No caso brasileiro, a Lei 13964/19 deixou exposto de maneira muito claro os obstáculos de implementação de um efetivo sistema acusatório. A necessidade de se deixar expresso em um dispositivo do Código de Processo Penal que essa é a estrutura que deve ser aplicada e, ainda assim, manter outros dispositivos como os artigos 155<sup>65</sup> e o 385<sup>66</sup> demonstram a dificuldade prática de respeito às garantias.

---

<sup>65</sup> Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O filósofo italiano considera que nesses cenários torna-se obrigatório analisar as responsabilidades tanto da legislação como da jurisdição que demonstram uma insensibilidade ao valor das garantias e uma subordinação às razões de exceção e de emergência (Ferrajoli, 2018, p. 31).

*Son los magistrados que deberían estar en primera línea al reivindicar el reforzamiento Ferrajoli el respeto de las garantías penales Ferrajoli procesales, de las que depende en exclusiva la legitimación de la jurisdicción penal Ferrajoli de su independencia. Por otra parte, solo una política judicial que no sea coyuntural Ferrajoli asuma como primer Ferrajoli urgente objetivo una refundación garantista de la legalidad penal podrá hoy rehabilitar la primacía de la función legislativa Ferrajoli limitar el poder de los jueces, basándolo en la sujeción a la ley ya su función cognoscitiva (Ferrajoli, 2018, p. 31).*

Com base nisso, Ferrajoli (2018, p. 31) defende uma reforma legislativa fundada no aprimoramento da linguagem das leis, baseada nos princípios garantistas da taxatividade e da lesividade, como em uma reforma do próprio princípio da legalidade penal. O autor vai além da conhecida reserva de lei e defende a existência de uma reserva de código.

A reserva de código seria um princípio no qual nenhuma norma penal ou processual pode ser aprovada sem uma modificação ou integração dos códigos, mediante um procedimento específico e mais rígido. A ideia é mitigar o caos normativo e estabelecer as fronteiras entre jurisdição e legislação, entre justiça e política, reestabelecendo a credibilidade entre ambas (Ferrajoli, 2018, p. 31).

O incômodo do autor se dá a partir da inflação legislativa ocorrida também na Itália. Segundo Ferrajoli (2004, p. 123), a reserva de código é necessária para a tutela de textos normativos de particular relevância, como por exemplo: o ordenamento judicial, o penitenciário, o das autonomias municipais, o Estatuto dos Trabalhadores e outros similares.

No campo penal, especificamente, ela poderia ocorrer a partir de uma recodificação racional das leis especiais, sob o princípio de que todas as normas relativas a delitos, penas e processos devem estar contidas em códigos e nenhuma delas pode ser introduzida senão por meio de procedimentos específicos que impliquem uma reforma dos códigos de maneira geral (Ferrajoli, 2004, p. 123).

---

<sup>66</sup> Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

### 3.3 Garantismo e direito penal mínimo: dois lados da mesma moeda?

A expressão “Direito penal mínimo” é usualmente associada à ideia de redução da intervenção penal, sendo diversas as estratégias para o alcance desta finalidade, como já apresentado anteriormente nas abordagens de Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni.

Ferrajoli, entretanto, compreende que se trata de um sinônimo de garantismo penal. Segundo o autor, dentro do paradigma constitucional o direito penal é o terreno privilegiado onde se articula o complexo jurídico das liberdades, seja em relação às limitações das meras liberdades impostas pelas normas primárias incriminadoras, seja com as normas secundárias sancionadoras que limitam a liberdades fundamentais (Ferrajoli, 2018, p. 32).

*Por esta razón, el derecho penal es el terreno en el que se construyó el paradigma del estado de derecho Ferrajoli de la democracia liberal como sistema de límites a la ley del más fuerte. El paradigma opera en dos direcciones: como sistema de límites a la libertad salvaje de los asociados, mediante la prohibición, la investigación Ferrajoli el castigo como delitos de las ofensas a los derechos ajenos o a otros bienes o intereses estipulados como fundamentales; Ferrajoli como sistema de límites a la potestad punitiva del Estado, mediante las garantías penales Ferrajoli procesales, que impiden la prohibición de las acciones inofensivas o no culpables Ferrajoli el castigo de las ofensivas Ferrajoli culpables sin una previa correcta averiguación (Ferrajoli, 2018, p.32).*

Assim, essas direções do garantismo penal correspondem aos fins que, para Ferrajoli (2018, p. 32), justificam o poder punitivo, qual seja, a prevenção dos delitos (dos ataques injustos) e a prevenção das penas informais ou excessivas (dos castigos injustos).

Como paradigma metateórico, o direito penal mínimo designa uma doutrina que justifica o direito penal se, e somente se, for capaz de realizar os fins enunciados, ou seja, não somente a prevenção ou minimização de ofensas aos bens e direitos fundamentais, mas também a prevenção e minimização dos castigos arbitrários. Justifica-se, portanto, se, e somente se, ele for instrumento de redução da violência e da arbitrariedade (Ferrajoli, 2018, p. 34).

Como paradigma normativo, a fórmula designa o sistema de garantias penais e processuais idôneo a satisfazer os fins já mencionados, mediante proibições, penas e processos ordenados a essa dupla tutela dos bens e dos direitos fundamentais (Ferrajoli, 2018, p. 34).

*El derecho penal resulta así definido Ferrajoli justificado como alternativa a la guerra, es decir, como minimización de la violencia Ferrajoli de la arbitrariedad, tanto de las ofensas constitutivas de delito, como de las reacciones informales Ferrajoli excesivas que se producirían a falta de esa previsión. Ne cives ad arma*

*veniant: para impedir que los ciudadanos recurren a la violencia, ya sea de los delitos, la de justicia por propia mano o de la justicia sumaria. Es por lo que he definido el derecho penal mínimo como la ley del más débil, frente a la ley del más fuerte que regirá en su ausencia; la que garantiza al sujeto más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado, Ferrajoli en el momento de la ejecución penal, el preso (Ferrajoli, 2018, p. 34).*

Conforme já dito, para Ferrajoli, “Direito penal mínimo” é sinônimo de garantismo. Com isso, quer-se dizer que um sistema será garantista à medida que atender a dupla finalidade supramencionada ou, em outras palavras, à medida que se mostra capaz de servir para a redução das violências, sejam tanto aquelas que advêm da prática do crime quanto aquelas próprias do processo e da execução penal.

Assim como já dito, a forma para avaliar o nível de garantismo de determinado sistema é pela observância dos axiomas. Logo, quanto mais axiomas são concretizados, mais garantista é o ordenamento e vice versa. Isso permite afirmar que não haverá um sistema garantista puro, tampouco autoritário, mas sim que existem sistemas intermediários.

Como pontua Salo de Carvalho (2008, p. 83) o modelo teórico minimalista caracterizar-se-ia por dez restrições ao arbítrio legislativo ou erro judicial. Nesse modelo, as categorias mencionadas são pré-requisitos, implicações deônticas ou princípios sem os quais se tornaria impossível a determinação da responsabilidade penal e a aplicação da pena, pois criam um rol axiomático que permite a constatação e punição do fato crime.

Dessa maneira, a teoria garantista trabalha com dois extremos opostos, que são identificáveis não apenas com dicotomias saber/poder, fato/valor ou cognição/decisão, mas também com o caráter condicionado ou incondicionado, ou bem limitado ou ilimitado do poder punitivo (Ferrajoli, 2022, p. 83).

Sales (2022, p. 212) afirma que o modelo normativo de direito penal mínimo consiste em uma resposta racional à refundação do sistema punitivo em seu conjunto, no intuito de restaurar sua eficiência e suas garantias. Portanto, as estratégias a partir do garantismo são construídas de acordo com um programa que observe os princípios que conformam a teoria.

O direito penal máximo, o contrário ao garantismo, será aquele incondicionado, ilimitado e marcado pela sua excessiva severidade, incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas. Dessa forma, é um sistema de poder não controlável racionalmente, em virtude da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação (Ferrajoli, 2002, p. 84).

O autor considera que, por conta de tais características, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a

incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade. Isso se dá, em razão da ausência de predeterminação do delito e devido ao predomínio das opiniões subjetivas, preconceitos dos julgadores (Ferrajoli, 2002, p. 84).

Afirma Sales (2022, p. 210) que, se há uma relação direta entre populismo penal e expansionismo penal, há também um vínculo necessário entre garantismo penal e racionalização da intervenção, cujo resultado é o direito penal mínimo.

A partir disso, torna-se possível discutir a justificação das penas pelo garantismo que decorre exatamente das finalidades da teoria. O autor (Sales, 2022) tem uma visão utilitarista das penas, entretanto, entende que nas teorias da prevenção, cuja marca principal é o utilitarismo clássico, há um limite teórico que se traduz no objetivo de máxima utilidade da maioria.

Antes de tratar da visão garantista, é importante esclarecer o que se trata a visão utilitarista das penas. Segundo Pinho (2017, p. 53), a ótica utilitarista das penas pertence às chamadas doutrinas relativas, que são voltadas para o futuro como forma de servir a alguma finalidade.

Esse fundamento utilitarista do poder de punir é, a propósito, muito bem retratado no pensamento de Cesare Beccaria, para quem o direito do soberano de punir os delitos funda-se na “necessidade de defender o depósito do bem comum das usurpações particulares e tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos súditos”. Beccaria prossegue: “foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte de sua própria liberdade” (Pinho, 2017, p. 54).

O autor italiano traz um esclarecimento fundamental acerca da diferença entre “teorias” e “doutrinas” da pena. Assim, as teses axiológicas e os discursos filósofos sobre o fim que justifica (ou não) a pena, e mais em geral sobre o direito penal, não se constituem como teorias, conforme o sentido empírico ou assertivo que comumente se atribui a essa expressão. Ferrajoli (2018, p. 41-42) compreende que, na verdade, referem-se a doutrinas normativas (ou de maneira mais simples, normas ou modelos normativos de valorização ou justificação), pois foram formuladas ou rechaçadas com referências a valores.

São teorias descritivas (e não doutrinas), na medida em que consistem em afirmações formuladas com base na observação dos fatos e com relação a estes, verificáveis e refutáveis. (Ferrajoli, 2018, p. 42).

Las doctrinas normativas del fin Ferrajoli las teorias explicativas de la función son por lo demás asimétricas entre sí no solo en el terreno semántico, a causa del distinto significado de -fin- Ferrajoli de -función-, sino también en el plano pragmático, a

consecuencia de las finalidades directivas de las primeras Ferrajoli descriptivas de las segundas (Ferrajoli, 2018, p. 42).

Ferrajoli (2002, p. 208) considera que o utilitarismo é o pressuposto necessário de toda e qualquer doutrina penal sobre os limites do poder punitivo. Por essa razão, constitui um elemento importante e essencial de toda tradição penal liberal.

Assim, Pinho (2017, p. 57) esclarece que esse utilitarismo clássico influenciou o garantismo na medida em que concebeu como uma necessidade social o poder de punir, originário de um pacto que, ao mesmo tempo, limitou esse poder nos direitos fundamentais.

Ocorre que, para o filósofo, o utilitarismo da forma como posto acima não é suficiente para fundar sistemas garantistas de direito penal mínimo. Segundo Ferrajoli (2002, p. 210), é necessário questionar “Em que coisa consistem as utilidades trazidas e os danos prevenidos pelo direito penal? Qual são os sujeitos a cuja utilidade nos referimos?” e somente através das respostas a estas perguntas será possível estabelecer os contornos garantistas das concepções utilitaristas das penas.

Segundo Pinho (2017, p. 57), o autor chama atenção, portanto, para o fato de que não é todo pensamento utilitarista que garante a existência de um poder de punir racional e limitado. De fato, Ferrajoli (2002, p. 210) afirma que existe uma primeira versão do utilitarismo, chamado de *ex parte principis*, que é de natureza autoritária e solidária com modelos de direito penal máximo, onde o Estado está acima da sociedade e que se inspira na premissa de que os fins justificam os meios.

A segunda versão do utilitarismo, também criticada por Ferrajoli (2002, p.210), o chamado *ex parti populi*, tem como ponto de referência o bem estar e a utilidade não mais dos governantes, mas dos governados. Todavia, em uma vertente dirige-se somente aos interesses da segurança social, voltada ao interesse da maioria formada pelos não desviantes.

Ferrajoli (2002, p. 267-268) afirma ser necessário adicionar outro parâmetro utilitário, ou seja, além do máximo bem estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes. Esse segundo parâmetro pode desenvolver tanto um papel de objetivo justificante quanto deslegimante, e traz ainda uma perspectiva interessante, no sentido de atribuição de uma função à pena mínima estabelecida a um delito que vai além da prevenção de crimes, mas sim da prevenção da reação informal, selvagem e arbitrária ao delito.

*Pretendo decir que la pena no sirve sólo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos; que no se amenaza con ella Ferrajoli se la impone sólo ne peccetur, sino también ne punietur; que no tutela sólo a la persona ofendida*

*por el delito, sino también al delincuente frente a las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva la pena mínima necesaria)) de la que hablaban los ilustrados -entendida la «pena» en el sentido genérico de reacción aflictiva a la ofensa- no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta al delito (Ferrajoli, 1995, p.332).*

Salo de Carvalho (2008, p. 94) destaca que todas as pessoas, independentemente de terem incorrido em sanção penal, preservam e devem ter asseguradas condições de dignidade. Para o autor, o garantismo penal é um instrumento de salvaguarda de todos, desviantes ou não, pois tem como escopo minimizar as violências (públicas ou privadas).

A importância do garantismo ganha destaque em virtude de seu contraposto, que são os modelos repressivo-defensivistas que prescrevem ao penal uma função de “desterritorialização” e “descartabilização” do homem, retirando-lhe os principais vínculos com a cidadania (Carvalho, 2008, p. 98). Dessa forma, ao adicionar um segundo parâmetro à perspectiva utilitarista, o autor resgata a necessidade de fazer com que o sistema penal seja um meio de proteção do mais fraco e não instrumento de agravamento das desigualdades.

Carvalho (2008, p. 98) destaca que a marca fundacional do garantismo é a percepção do direito como alternativa à guerra, e nele o direito penal e processual penal se legitimam como lei de tutela do mais fraco.

Ferrajoli (2002, p. 269) afirma que normalmente esse segundo parâmetro é negligenciado, em que pese deva ser o mais evidenciado.

*En primer lugar porque, mientras que es dudosa la idoneidad del derecho penal para satisfacer eficazmente el primero -no pudiéndose ignorar las complejas razones sociales, psicológicas Ferrajoli culturales de los delitos, ciertamente no neutralizables mediante el mero temor a las penas (en vez de a las venganzas) 18-, es por el contrario bastante más segura su idoneidad para satisfacer el segundo, aun sólo con penas modestas Ferrajoli poco más que simbólicas. En segundo lugar porque, mientras la prevención de los delitos Ferrajoli las exigencias de seguridad Ferrajoli de defensa social siempre han ocupado el lugar más alto en el pensamiento de los legisladores Ferrajoli de las demás autoridades públicas, no puede decirse lo mismo de la prevención de las penas arbitrias Ferrajoli de las garantías del acusado. En tercer lugar, Ferrajoli sobre todo, porque sólo el segundo fin Ferrajoli no el primero es a la vez necesario Ferrajoli suficiente para fundamentar un modelo de derecho penal mínimo Ferrajoli garantista como el formalizado en nuestro sistema SG. Más aún: sólo el segundo fin, esto es, la tutela del inocente Ferrajoli la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir el derecho penal de otros sistemas de control social -de tipo policial, disciplinario o incluso terrorista- que de un modo más expeditivo Ferrajoli probablemente más eficiente serían capaces de satisfacer el fin de la defensa social respecto al que el derecho penal, más que un medio, es por consiguiente un coste, o si se quiere un lujo propio de sociedades evolucionadas (Ferrajoli, 1995, p. 334).*

Como é possível perceber, o autor enfatiza que historicamente a pena foi pensada a partir do bem estar da maioria não desviante, portanto, não pensada a partir da perspectiva de quem vai cumpri-la, mas do que a sociedade espera ou determina em relação a aquele preso.

Castro (1983, p. 186-187), por exemplo, destaca que há três épocas<sup>67</sup> na história da execução penal e que aquela correspondente à pena privativa de liberdade, em referência à análise de Rusche, a partir de 1600, está ligada com a situação do mercado de trabalho. Com a Revolução Industrial na Europa e o crescimento do desemprego, o cárcere deixa de ser um instrumento de intimidação porque não se está pior dentro do que fora.

Deve-se enfatizar essa questão de que era necessário que o cárcere fosse pior que fora para que, assim, servisse ao seu propósito como instrumento de intimidação, pois isto representa justamente a ausência de um segundo parâmetro para legitimação das penas.

Nessa perspectiva, é possível compreender a razão do autor (Ferrajoilli, 1995) criticar o uso do direito penal como instrumento de imposição de determinados comportamentos morais, discurso que torna suscetível a utilização desse sistema por tendências autoritárias e expansionistas.

Ao mesmo tempo, Ferrajoli (1995) destaca a resistência que existe quanto ao entendimento de que a pena precisa ser pensada sob a ótica do desviante. O garantismo como teoria de proteção do mais fraco exige a observância deste aspecto, o que quer dizer que qualquer abordagem que pretende dar protagonismo ao interesse da maioria em detrimento da efetivação das garantias fundamentais de determinado grupo não pode ser enquadrada como garantista, pois viola um dos seus principais pressupostos.

Pinho (2017, p. 60) destaca que, para esta teoria, o Direito Penal precisa ser visto como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de proteção dos mais fracos em relação ao mais forte, o que significa a função de proteção dos delitos e também de prevenção das vinganças arbitrárias.

Ainda que tal abordagem indique a superação de problemas encontrados principalmente nas teorias clássicas de justificação da pena (retributivas e prevencionistas) ela também é alvo de críticas que serão tratadas mais adiante.

O que se extrai da concepção garantista, portanto, é que a teoria se coloca muito mais como uma doutrina de deslegitimação do que de mera legitimação do poder de punir, pois

---

<sup>67</sup> Castro (1983, p. 186-187) remete a análise de Rusche para quem 1- No princípio da Idade Média, as penas são pecuniárias. 2- No final da medievalidade, estas penas são substituídas por cruéis penas corporais e capitais. 3 - No século 17, este sistema é substituído pela pena privativa de liberdade.

traça parâmetros ideais de um sistema cujo objetivo maior é a proteção do mais débil e que quando tais parâmetros não são atingidos menos garantista é tal ordenamento.

### 3.3.1 Minimalismos como meio e como fim: mito ou realidade?

Andrade (2012, p. 265) afirma que os modelos minimalistas estão às voltas com a limitação da violência punitiva e com a máxima contração do sistema penal, mas também com a construção alternativa dos problemas sociais.

Nessa perspectiva, é possível divisar duas linhas: (a) modelos que partem da deslegitimação do sistema penal (concebida como uma crise estrutural de legitimidade) para o abolicionismo ou minimalismos como meio para o abolicionismo; e (b) modelos que partem da deslegitimação (concebida como uma crise conjuntural de legitimidade) para relegitimação do sistema penal ou minimalismo como fim em si mesmo (Andrade, 2012, p. 265).

A partir dessa divisão, a autora enquadra os modelos de Alessandro Baratta e de Eugenio Raúl Zaffaroni como minimalismos como meio, metodologias e táticas de curto e médio prazos, de transição para o abolicionismo. Por outro lado, o garantismo de Luigi Ferrajoli foi colocado como representativo do minimalismo como fim em si mesmo, pois acredita que o sistema penal pode ser relegitimado (Andrade, 2012, p.265-268).

Nessa classificação, resta claro que há um grupo de teorias que dialogam com o abolicionismo, colocando-o como utopia, cujas estratégias devem ser pautadas no alcance do objeto da abolição, qual seja, o sistema penal em que se institucionaliza o poder, enquanto que outras rechaçam a proposta abolicionista, pois acreditam que o próprio sistema penal como limitador de violências é a utopia.

É possível notar, portanto, que existe uma divergência fundamental entre a criminologia crítica, representada por Baratta e Zaffaroni (através das propostas já explanadas anteriormente) e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que gira em torno do papel do abolicionismo.

Conforme já abordado, não é possível falar em abolicionismo como um movimento único e homogêneo, mas sim em abolicionismos, que vêm sendo renovados e discutidos até os dias atuais. Na abordagem de Baratta, especialmente, é fácil notar que compartilha dos objetivos apontados por abolicionistas clássicos como Hulsman e Mathiesen.

*La utopia “concreta” de una drástica reducción del sistema penal Ferrajoli el “paradigma abolicionista” al cual se mira hoy con atención en ciertos sectores de la ciencia penal Ferrajoli criminológica, que es acogido como una base serie de discusión en prestigiosas sedes oficiales de estudio Ferrajoli elaboración de las*

*políticas criminales, no solamente representan un principio regulador para llevar a cabo reformas que no sean meras racionalizaciones de los sistemas existentes sino sobre todo, indican la necesidad de adoptar, para reflexionar seriamente sobre él, un punto de vista externo a ellos, de refundar, en el más riguroso orden lógico, una ciencia penal capaz de llevar a cabo, en el interior del sistema, una real transformación de él (Baratta, 1984, p.297).*

Ocorre que a crítica traçada por Ferrajoli acerca desta proposta de direito penal mínimo se mostra pertinente e também parte da incompatibilidade apontada pelo autor entre garantismo e os abolicionismos.

É importante esclarecer que para Ferrajoli (2018, p. 40) a pergunta “Por que castigar?” pode ser entendida em dois sentidos: 1) por que existe a pena, ou por que se castiga; 2) Por que deve existir a pena, ou porque se deve castigar. O primeiro é um problema de caráter científico e empírico, que admite respostas de caráter historiográfico, sociológico. O segundo é um problema de natureza filosófica, de filosofia moral ou política, que admite respostas de caráter ético-político expressadas sob a forma de proposições normativas.

Para evitar confusões, o autor considera útil usar palavras distintas para designar esses significados do “por quê”: a palavra “função” para indicar os usos descritivos e a palavra “fim” para indicar os usos normativos (Ferrajoli, 2018, p. 41).

Pinho (2021, p. 15-16) esclarece que, quando Ferrajoli analisa as teorias da pena, responde questões referentes ao “se” e ao “por que” punir, e assim dirige críticas tanto aos abolicionistas quanto aos modelos justificacionistas. O autor reconhece que dentre os modelos utilitaristas o único que possui a vantagem de não coincidir o ser com dever ser<sup>68</sup> é o da prevenção geral negativa, porém, como já dito, ao se preocupar somente com o bem estar da maioria, tem uma forte tendência a legitimar modelos de direito penal máximo.

No que se refere às críticas ao abolicionismo, o autor afirma que, em alternativa ao direito penal, podem existir quatro sistemas de controle social que têm como característica comum a ausência de qualquer garantia e o arbítrio (Ferrajoli, 2002, p. 273).

*Por consiguiente, como alternativa al derecho penal hay en hipótesis cuatro sistemas posibles de control social, no todos necesariamente incompatibles entre sí Ferrajoli todos igualmente carentes de cualquier garantía contra el abuso Ferrajoli la arbitrariedad: a) los sistemas de control social-salvaje, tal Ferrajoli como se han expresado históricamente en todos los ordenamientos arcaicos en los que la*

<sup>68</sup> Para Ferrajoli (2018, p. 42-43) ideologia é todo o conjunto de teses que confunde o “dever ser” com o “ser” (ou as proposições normativas com as proposições assertivas), de maneira a contrariar o princípio conhecido pelo nome de “Lei de Hume”, segundo o qual não se pode derivar logicamente conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem vice-versa. O autor chama de ideologias naturalistas ou realistas as ideologias que tomas as explicações empíricas (também) como justificações axiológicas, incorrendo assim na -falácia naturalista- que origina a derivação do dever ser do ser; e denomina ideologias normativistas ou idealistas as que tomam as justificações axiológicas (também) como explicações empíricas, incorrendo assim na falácia normativista que produz a derivação do ser do dever ser.

*reacción a la ofensa se encomienda no a la pena, sino a la venganza individual o parental, como la venganza de la sangre, la represalia, el duelo, etc., con el campo libre para la ley del más fuerte; b) los sistemas de control estatal-salvaje, tal Ferrajoli como se han realizado históricamente bien en ordenamientos primitivos de carácter despótico, bien en muchos ordenamientos modernos autoritarios, en los que la pena se impone mediante procedimientos potestativos presididos por la arbitrariedad o por los intereses contingentes del que amenaza con ella, sin garantías que tutelen al condenado; c) los sistemas de control social-disciplinario, o autorregulados, característicos también de comunidades primitivas, pero más en general de todas las comunidades fuertemente moralizantes e ideologizadas, sujetas a la acción de rígidos conformismos que operan en forma de autocensura así como a las presiones de ojos colectivos, policías morales, panoptismos sociales difusos, linchamientos de opinión, ostracismos Ferrajoli demonizaciones públicas; d) los sistemas de control estatal-disciplinario, que son un producto típicamente moderno Ferrajoli sobre todo un peligro del futuro, que se caracterizan por el desarrollo de las funciones preventivas de seguridad pública mediante técnicas de vigilancia total, como las que hace posible el espionaje de los ciudadanos por parte de poderosas policías secretas, así como a través de los actuales sistemas informáticos de fichado generalizado Ferrajoli de control audiovisual (Ferrajoli, 1995, p. 338).*

A crítica de Ferrajoli, portanto, perpassa principalmente sobre as alternativas que podem surgir a partir da abolição do sistema penal. Conforme já apresentado, um traço comum de muitas teorias abolicionistas é a defesa da superação do sistema penal como um todo, não somente das prisões, mas de todo o aparato que, sob a ótica dessas teorias, é causador de sofrimentos.

É importante compreender tal complexidade das teorias abolicionistas, que vai de encontro à ideia simplista de que o movimento se pauta apenas na defesa do fim das prisões, pois é essencial para entender a própria crítica ferrajoliana. Isso se deve ao fato de que o próprio Ferrajoli é crítico à instituição da prisão privativa de liberdade, entretanto, de maneira alguma pode ele ser considerado como um abolicionista. Assim, o filósofo italiano afirma o seguinte:

*[...] si es verdad que el grado de dureza tolerable de las penas está ligado en cada ordenamiento al grado de desarrollo cultural alcanzado por él, resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad Ferrajoli a corto Ferrajoli medio plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal, comenzando por la abolición de esa moderna barbarie que es la cadena perpetua (Ferrajoli, 1995, p. 412).*

Os autores mencionados anteriormente apresentam propostas de como lidar com os conflitos na ausência de um sistema penal. É nesse ponto que Ferrajoli, como um autor justificacionista, aborda os sistemas que podem despontar nesse cenário de deslegitimação do sistema penal e quais os perigos que eles representam.

Segundo o autor, esses modelos correspondem a outras tantas alternativas abolicionistas potencialmente iminentes sempre que entra em crise o direito penal. Ainda

ressalta que o último (Estado disciplinar) é o mais alarmante, pois possui a capacidade de conviver, insidiosamente, inclusive com as democracias modernas (Ferrajoli, 2002, p. 273).

Ferrajoli (2002, p. 273) destaca que a proibição e a repressão penais produzem restrições da liberdade incomparavelmente menores do que aquelas que seriam necessárias somente com a prevenção policial que atinge a todos, e não somente os possíveis transgressores.

Ademais, o autor sustenta que o direito penal não garante somente a liberdade física ou objetiva de delinquir, mas também a liberdade moral e subjetiva da transgressão, que é impedida pelo modelo do controle social-disciplinar. A pena também é capaz de evitar a imposição de pretensões de socialização forçada, bem como de estigmas e de censuras morais, colocando-se como contraponto a penas infamantes (exposição ao público com um cartaz pendurado no peito ou nas costas), cujo objetivo é a humilhação e a reprovação social (Ferrajoli, 2002, p. 274).

Para o autor, o abolicionismo penal, quaisquer que sejam os propósitos libertários e humanitários, configura-se como utopia regressiva que se apresenta sobre o pressuposto ilusório de uma “sociedade boa” ou “Estado bom”. Modelos desregulados ou autorregulados de vigilância e/ou punição, com relação aos quais o direito penal, da forma proposta pelo garantismo, é que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista (Ferrajoli, 2018, p. 62).

Em análise ao funcionamento do sistema penal italiano, Ferrajoli (2018, p. 63) verifica que, paradoxalmente, os fenômenos mais inquietantes e que precisam ser denunciados perpassam pela abolição da pena e pela justificação dos instrumentos de controle extrapenais que são colocados em seu lugar.

Assim, a pena (como sanção legal “*post-delictum Ferrajoli post-judicium*”), na Itália, aparece como obsoleta, substituída por técnicas mais velozes como a prisão preventiva, que vem associada à ideia de processo como instrumento do espetáculo de estigmatização pública. Nesse contexto, o cárcere se coloca mais como lugar de trânsito e custódia cautelar do que um lugar de cumprimento de uma pena<sup>69</sup> (Ferrajoli, 2018, p. 63).

Ferrajoli (2018, p. 63) destaca no ordenamento italiano<sup>70</sup> o surgimento de um subsistema punitivo especial de caráter não penal, mas administrativo. O autor refere-se às

<sup>69</sup> No cenário brasileiro, essa percepção também encontra respaldo nos dados do quantitativo de presos provisórios que, segundo o Monitor da Violência<sup>#</sup>, em 2020, 31,9% do total de custodiados são de presos cautelares, o que equivale a uma população carcerária de 217.687 pessoas (SILVA et al, 2021, *online*).

<sup>70</sup> Na mesma linha no Brasil tem ocorrido a expansão deste tipo de medidas, como por exemplo, referente ao próprio uso de ferramentas como o monitoramento eletrônico, que será aprofundado mais à frente, como meio de

medidas de segurança, às medidas de prevenção e de ordem pública e, sobretudo, às medidas cautelares de polícia, mediante as quais se atribuem a órgãos de polícia funções instrutórias e poderes de limitação da liberdade pessoal.

O autor remete a ideia de coexistência de dois subsistemas penais e processuais paralelos. O primeiro, submetido às garantias do estado de direito; e o segundo, explicitamente abstraído de tais garantias e guiado apenas por meras razões de segurança pública (Ferrajoli, 2018, p. 64).

Em certa medida, a mesma ideia é suscitada desde Jakobs<sup>71</sup>, com o Direito penal do inimigo, em contraposto ao direito penal do cidadão, e a ideia de Lola Aniyar Castro, com o sistema penal aparente e o sistema penal subterrâneo<sup>72</sup>.

Essa análise é importante, pois demonstra que Ferrajoli não acredita em uma análise do sistema penal e do garantismo que seja desconexa da realidade. Vai dizer o autor o seguinte:

*En estas condiciones, el hablar de función de la pena - retributiva, reeducativa o preventiva - resulta completamente irreal Ferrajoli académico: no tanto por la carencia de funciones, sino, más bien, del medio que debería asegurar tales funciones. Los sistemas punitivos modernos - gracias a sus contaminaciones policíacas Ferrajoli a las rupturas más o menos excepcionales de sus formas garantistas - se encaminan hacia una transformación en sistemas de control cada vez más informales Ferrajoli cada vez menos penales. De tal manera, el verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea, del conjunto de formas Ferrajoli garantías que los distinguen de otras formas de control social más o menos salvajes Ferrajoli disciplinarias. Quizá, la utopia hoy no esté en las alternativas al derecho penal, sino en el derecho penal mismo Ferrajoli sus garantías; no el abolicionismo, sino el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto (Ferrajoli, 2018, p. 64).*

O objetivo do autor, portanto, é deslocar a forma de perceber tais problemáticas e demonstrar como o garantismo pode confrontar essas questões através das técnicas normativas mais adequadas, a fim de minimizar a violência punitiva e maximizar a tutela dos direitos de todos os cidadãos, tanto dos desviantes quanto dos não desviados. Nelas se situam

---

controle extrapenal, que segundo dados do Ministério da Segurança Pública, em 2017 chegou a um total de 51 mil pessoas monitoradas por tornozeleiras eletrônicas.

<sup>71</sup> De acordo com Jakobs (2012, p. 47), a função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição, e no Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos.

<sup>72</sup> Castro (2005, p. 128-130) afirma que o sistema penal subterrâneo opera nos diferentes níveis do sistema social. Isso é, tanto nos mecanismos de controle formal como nos de controle informal. O fenômeno pode ser observado nos processos de criminalização, de condutas e de indivíduos, no quais se observa, dentre outras questões, uma não-criminalização de condutas de grave dano e custo social, em contraponto com criminalização de condutas mais facilmente localizáveis nas classes subalternas e a criminalização primária exercida através do estereótipo do delinquente como membro da classe baixa.

os fins, ainda que nunca plenamente realizáveis, que são os únicos capazes de justificar o direito penal (Ferrajoli, 2018, p. 64).

Ademais, cabe ressaltar, porém, que, em que pese as críticas levantadas pelo autor, ele reconhece a importante contribuição dos estudos abolicionistas e criminológicos ao sistema penal. Como já ficou claro, o garantismo atribui um papel específico ao direito penal a partir da ótica do “dever ser”, papel esse que não seria possível dentro dos pressupostos da criminologia crítica e dos abolicionismos, por serem campos de análise a partir do “ser”.

Assim, mesmo diante dessa clara disparidade que, como já dito, decorre das opções epistemológicas diferenciadas entre tais abordagens, Ferrajoli abre espaço para ressaltar que as contribuições advindas são extremamente pertinentes.

*El papel insustituible de una criminología crítica, en esta perspectiva, no es tanto (o no sólo) el de la crítica de las doctrinas Ferrajoli de las ideologías de justificación como el del análisis empírico de los concretos ordenamientos penales de sus leyes Ferrajoli sobre todo de su praxis- como base de su justificación o de su deslegitimación, una Ferrajoli otra a posteriori (Ferrajoli, 1995, p. 344).*

Na mesma esteira, reconhece que o abolicionismo favoreceu a autonomia da criminologia crítica ao possibilitar o contraste do latente “legitimismo” moral das doutrinas penais dominantes e também ao expor as arbitrariedades, os custos e o sofrimento que o direito penal traz (Ferrajoli, 2002, p. 204).

Pinho (2021, p. 17) afirma que os abolicionistas direcionam seu ataque ao garantismo pelo simples fato de se tratar de uma teoria que legitima o poder de punir. Assim, apontam que: a postura de Ferrajoli como um liberal somente ajuda a manter o *status quo*; Por ser positivista, o autor compactua com o formato de um direito opressor; O garantismo não consegue cumprir suas promessas; e o garantismo jamais resolverá os problemas estruturantes do sistema criminal, como, por exemplo, o racismo.

Conforme já dito, tais delineamentos se mostram apressados e decorrem, especialmente, da ausência de compreensão quanto aos aspectos centrais da teoria. Ocorre que, mesmo diante de tais conclusões, abolicionistas sugerem o “uso” do Garantismo como uma espécie de “ponte” à abolição do sistema penal (Pinho, 2021, p. 17).

Ferrajoli (2002, p. 276) afirma que “um sistema penal é justificado se, e somente se, minimiza a violência arbitrária na sociedade”. Segundo o autor, tal objetivo é alcançado à medida que satisfaz as garantias penais e processuais do direito penal mínimo. Isso, porém, não quer dizer que o direito penal seja o único meio e nem mesmo o mais importante.

O autor, portanto, não é um defensor do uso do direito penal a qualquer custo, mas, pelo contrário, concorda com determinadas premissas que envolvem a resolução de conflitos sem recorrer a esse sistema. Na verdade, isso é uma decorrência lógica da própria observância do Sistema de Garantias.

*En una perspectiva semejante desde luego es posible la abolición de esa pena específica -inútilmente aflictiva e incluso criminógena- que es la reclusión carcelaria. Ferrajoli, más en general, es deseable la reducción cuantitativa de la intervención penal paralelamente a la superación de los que Marx llamaba «los focos antisociales donde nacen los crímenes»<sup>24</sup>: con la instauración de garantías jurídico-sociales de vida Ferrajoli supervivencia idóneas para eliminar las raíces estructurales de la desviación por razones de subsistencia; con la eliminación de los fenómenos de disgregación Ferrajoli de marginación social de los que se nutren las subculturas criminales; con el desarrollo de la democracia Ferrajoli de la transparencia de los poderes públicos Ferrajoli privados, cuyo carácter oculto e incontrolado está en el origen de gran parte de la actual criminalidad económica Ferrajoli administrativa. Pero esta reducción del derecho penal está justificada sólo si se refiere a la intervención punitiva como tal, Ferrajoli no a su forma jurídica (Ferrajoli, 1995, p. 343).*

A questão problemática suscitada pelo autor é a afirmação de existência de um direito penal mínimo, que seria um meio para alcance do objetivo abolicionista. Ferrajoli, como já apresentado anteriormente, considera que o garantismo penal é sinônimo de direito penal mínimo. Sendo assim, tratando-se de campos teóricos que têm características e pressupostos diferentes, não há como estabelecer um como meio para o outro.

Considerando isso, em uma nota de rodapé da obra *El paradigma garantista*, Ferrajoli (2018, p. 34) afirma<sup>73</sup> que a fórmula “direito penal mínimo” tem sido mal interpretada por Alessandro Baratta, que propôs uma mediação, que o autor considera impossível, entre garantismo e abolicionismo (um a curto prazo, outro a longo prazo).

Pinho (2021, p. 20) reitera que ambas as formulações têm concepções teóricas totalmente contrapostas. O garantismo jamais vai desaguar no abolicionismo, pois ele não é estratégia, mas o próprio fim, qual seja: garantir.

Dessa maneira, resta claro que o direito penal mínimo que aparece na proposta de Baratta não pode ser o mesmo que o apresentado por Ferrajoli. O garantismo penal, que o

---

<sup>73</sup> [...] Una fuente de equívocos ha sido el uso de la misma expresión por parte de Alessandro Baratta, que propuso una mediación, a mi juicio imposible, entre garantismo Ferrajoli abolicionismo - uno a corto plazo, el otro a largo plazo - en su <<Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale>> Dei delitti e delle pene 3 (1985), pp. 441-473, donde presentó las dos orientaciones como <<dos movimientos de pensamiento diversos pero complementarios>> (p.442), Ferrajoli después en el volume II diritto penale minimo. La questione penale tra abolizionismo e riduzionismo, Esi, Nápoles, 1986.

próprio autor afirma ser sinônimo de direito penal mínimo, não se reduz à intervenção limitada ou à redução da intervenção penal, mas, na verdade, possui um conceito mais largo.

Direito penal mínimo, como já dito, portanto, implica um sistema de vínculos e limites ao exercício de poder que está descrito nos dez axiomas garantistas, o que, logicamente, inclui os princípios da necessidade (Axioma 3) e da lesividade (Axioma 4), que têm como consequência justamente a intervenção mínima ou o direito penal como *ultima ratio*.

Assim, as finalidades do direito penal mínimo são conexas, vez que conjuntamente legitimam a necessidade política do direito penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais (Ferrajoli, 2002, p. 270).

A crítica que Ferrajoli tece a essa simplificação da compreensão acerca do direito penal mínimo e, conseqüentemente, do garantismo é pertinente. Pode-se notar que, de fato, há uma confusão terminológica quando Baratta (2004, p. 151), ao refletir sobre o futuro da criminologia crítica, afirma que o direito penal mínimo, dentro de limites constitucionais que resultam de modelos integrados de proteção dos direitos, é possível e excepcionalmente necessário, sendo o único direito penal legítimo.

O que ocorre é que para o criminólogo é necessária a construção de uma nova cultura do “garantismo”, que não deve ser entendido somente como uma limitação formal, mas sim como um projeto substancial estendido a toda política de proteção dos direitos da própria da sociedade democrática (Baratta, 2004, p. 151).

O problema dessa afirmação é que o garantismo não se resume a um conjunto de técnicas formais, mas seu significado é muito mais amplo e somente é possível dentro do conceito de democracia substancial<sup>74</sup>, como bem esclarece o próprio Ferrajoli.

Para o autor (Baratta, 2004, p. 151), um projeto de democracia social requer um Estado (e direito) mínimo na esfera penal e Estado (e direito) máximo na esfera social. Por conta disso, faz-se necessário um sistema político com aumento de complexidade institucional e não sua simplificação ou extinção.

Como bem expõe Ippolito (2011, p. 39), a Ferrajoli se deve a maior contribuição analítica para a definição de garantismo como teoria do Estado democrático-constitucional caracterizada pela regulação e limitação pelo direito dos poderes públicos em função da tutela dos indivíduos.

---

<sup>74</sup> Ferrajoli (2002, p. 694) chama de democracia substancial ou social o “Estado de direito” dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e democracia formal ou política o “Estado político representativo”, isto é baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.

Além disto, há outro problema na proposta de política criminal alternativa de Baratta, que, da mesma forma, torna epistemologicamente impossível compreender o direito penal mínimo como meio ao abolicionismo.

A criminologia crítica e o garantismo são teorias diferentes, com finalidades e objetos diferenciados. A criminologia ignora a Lei de Hume, portanto, suas conclusões derivam diretamente do ser e por conta disso defendem a ilegitimidade do sistema penal, diante da conclusão de que sua função real é produzir e reproduzir desigualdades sociais.

O problema é que, diante disso, é notável uma contradição no discurso criminológico, pois, ao propor uma pauta de redução de danos através da política criminal alternativa, ela está pressupondo a existência de um sistema válido em algum grau ou ainda uma atuação que necessita desse sistema para o alcance do objetivo posto.

A crítica, portanto, abrange essa classificação entre as perspectivas minimalistas e a simplificação do conceito de direito penal mínimo, e não ao teor das propostas que são realizadas pelos criminólogos, cujo teor será tratado mais adiante.

Para Salo de Carvalho (2008, p.148):

Prevenção dos delitos e prevenção dos castigos conformaria o modelo garantista do direito penal como negação da guerra e proteção do mais fraco. A centralidade da pessoa em seus direitos fundamentais é recuperada pela dupla função penalógica, legitimando sua 'necessidade política' e os critérios de limitação dos delitos e dos castigos. Reitera Ferrajoli que esse modelo sancionador alia-se aos postulados da democracia substancial, pois nega a vontade ilimitada da maioria e protege o mais débil.

A delimitação epistemológica entre a criminologia crítica e o garantismo permite compreender que, como explica Pinho (2021, p. 19), Ferrajoli é um liberal, mas não mantenedor do *status quo*, pois o garantismo possui uma função transformadora de alterar a coisa como ela deve ser.

A teoria garantista se coloca como deslegitimadora do direito penal ao fornecer parâmetros que possibilitam apontar elementos de irracionalidade dentro do sistema criminal. O Direito penal mínimo se preocupa com garantias, portanto é sinônimo de racionalidade jurídica, de modo que não se caracteriza apenas pela intervenção mínima.

Ferrajoli é um positivista, porém não compactua com um modelo de Direito opressor, tendo em vista que trabalha com um modelo normativo de Direito próprio de países democráticos com Constituições rígidas (Pinho, 2021, p. 19).

O estudo da teoria, então é plenamente cabível a um país como o Brasil, pois mesmo que não se trate de um autor latino-americano, a teoria limitadora do poder punitivo, com base

em uma Constituição que incorpora direitos fundamentais, é necessária para o estabelecimento de formas de constrangimento ao exercício desse poder.

Segundo Pinho (2021, p. 19), o garantismo jamais conseguirá resolver os problemas estruturantes do sistema penal, como o racismo, por exemplo. Isso é uma verdade, pois não é para isso que a teoria se propõe. Ainda assim, a autora destaca que o Garantismo pode, indiretamente, ser um grande aliado para o enfrentamento dessas questões.

Resta claro, portanto, que a teoria garantista atribui ao direito penal uma função muito bem delimitada, que apenas se justifica se e somente atinge seu objetivo de reduzir as violências arbitrárias que advém tanto do delito quanto da própria pena. Para tanto, sua construção teórica é extremamente densa e apresenta parâmetros e critérios de análise que possibilitam verificar os graus de garantismo de cada ordenamento.

A partir deste delineamento, resta demonstrado que pensar em direito penal mínimo é pensar em garantismo. Tais considerações não significam rechaçar as propostas criminológicas, pelo contrário, e aqui vale mencionar a discussão suscitada por Vera de Andrade acerca do estudo destes campos teóricos.

Andrade (2012, p. 270) afirma que, na era da globalização neoliberal, não é a hegemonia de práticas minimalistas e abolicionistas, mas expansão e relegitimação do sistema penal, orquestrada pelo eficientismo penal (ou “Lei e ordem”) a partir de uma leitura da crise do sistema como crise conjuntural de eficiência.

Nesse contexto, o discurso oficial da “Lei e Ordem” proclama que o sistema não funciona, no sentido de que não combate eficientemente à criminalidade, pois não é suficientemente repressivo (Andrade, 2012, p. 271). Trata-se de uma estratégia que atribui ao direito penal toda a carga de responsabilidade pelo controle da criminalidade, tratando a questão de maneira simplista e com um discurso atrativo, que fomenta a expansão e endurecimento do sistema penal.

É necessário, portanto, mandam a “Lei e Ordem”, em suas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais e penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários e penitenciários. É necessário incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitivas, fechar cada vez mais a prisão e suprimir cada vez mais as garantias penais e processuais básicas, rasgando cotidianamente a Constituição e o ideal republicano. De última, a prisão retorna à *prima ratio* (Andrade, 2012, p. 271).

Assim, tem razão Andrade (2012, p. 269) quando afirma que, no campo da prática, abolicionismos e minimalismos oferecem ferramentas de trabalho aptas a serem apropriadas cotidianamente na prática do sistema para conter a violência e afirmar que certas condutas não

necessitam constituir objeto de controle social e penal. Entretanto, para tanto, é necessária a construção de um diálogo que perpassa pela correta compreensão da complexa teoria garantista.

Dessa maneira, percebe-se que é importante resgatar o debate acerca do direito penal mínimo, não apenas como esclarecimento quanto a sua definição, mas como forma de fortalecimento, a fim de que possa fazer frente aos movimentos maximalistas que, historicamente, têm dominado a história do ordenamento jurídico brasileiro.

Salo de Carvalho (2015, p. 35) considera que reduzir a dor, tendo o sofrimento do outro como representação, seria a única alternativa ética, teórica e instrumental possível na atual condição que o direito penal é aplicado, através de uma abordagem que envolve criminologia, garantismo e a teoria agnóstica da pena, que será abordada posteriormente. Isso surge é pela necessidade de se direcionar esforços para minimizar os riscos gerados pelos aparatos punitivos, desnudar a retórica penal (discursos declarados e não cumpridos) e retomar a natureza política da pena (Carvalho, 2015, p. 236).

De fato, não é possível considerar o garantismo como estratégia de longo prazo para o alcance dos fins abolicionistas, o que leva à conclusão que a classificação de minimalismo como meio ou como fim não é a mais adequada. Entretanto, a imprecisão conceitual não tira o mérito do teor das estratégias abordadas. O desafio que se coloca é verificar se a partir disso é possível encontrar um caminho comum para uma política criminal voltada ao desencarceramento.

#### 4. UMA VIA CRÍTICA POR UM GARANTISMO PENAL NO BRASIL

Garantismo Penal e Criminologia Crítica são dois campos teóricos com diversas possibilidades de aplicação no ordenamento jurídico penal brasileiro, de maneira que é possível encontrar em seus principais autores e naqueles que com eles dialogam maneiras de enfrentar as fortes tendências de expansão do Direito Penal.

A questão que foi posta desde o início desta pesquisa é: como fazer isso? Como estabelecer uma relação que não seja de disputa, mas sim de construção, que possa ter efeitos práticos no sistema penal brasileiro?

O objetivo deste capítulo é compreender a força que movimentos pan-penalistas têm no Brasil e também como o estabelecimento de uma política criminal pode trazer mecanismos de redução de violência, a partir da busca de efetivação de um Estado Democrático de Direito.

##### 4.1 A prevalência dos modelos de maximização do Direito Penal no Brasil

O primeiro capítulo desta pesquisa demonstrou que a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro não passou de uma oficialização de uma realidade que sempre marcou o sistema penal nacional e que, mesmo após a manifestação do STF, não foram perceptíveis grandes mudanças nesse cenário.

Assim, o que se nota é a prevalência e a força que a expansão do direito penal possui em detrimento do crescimento de práticas efetivamente redutoras de violência. Os dados já apresentados demonstram que a superlotação carcerária e o perfil dos presos decorrem de uma seletividade que reflete graves problemas sociais que costumam ser abordados por meio da via penal.

Vera de Andrade (2012, p. 270) já afirmava em sua obra “Pelas mãos da criminologia” que a antítese do abolicionismo não é o minimalismo, mas sim o eficientismo penal. Segundo a autora, na era da globalização neoliberal, o que está em curso não é a hegemonia de práticas minimalistas e abolicionistas, mas a expansão e relegitimação do sistema penal organizado pelo eficientismo (ou “Lei e ordem”<sup>75</sup>).

---

<sup>75</sup> O movimento de Lei e ordem tem sua origem na deserção do Estado social (e econômico) que segundo Wacquant (2001, p. 47; 51) legitima o fortalecimento do Estado penal nos bairros, ou seja, com a construção de uma política de penalização reforçada e ostensiva, encarregada de conter as desordens causadas pela generalização do desemprego, do subemprego e do trabalho precário. A passagem do Estado-providência ao Estado-penitência, dentro do sistema que os Estados Unidos oferecem como “modelo” para o mundo possui

Os problemas que costumam ser atrelados ao sistema penal são suficientes para apresentá-lo em crise, porém ela é tratada como de eficiência, ou seja, são atribuídas distorções conjunturais e de operacionalização do poder punitivo (Andrade, 2012, p. 270). O aumento da violência, bem como problemas do sistema carcerário costumam ser vistos como situações geradas por uma suposta impunidade ou leniência do direito penal.

O contexto brasileiro expressa muito bem tal fenômeno, já que existe um *looping* sistemático quando se fala em exercício do poder punitivo, algo que nem a Constituição Federal de 1988 conseguiu superar de maneira impactante. Como já comentado, há um histórico legislativo e de práticas estruturais que colaboram com a existência e permanência de um sistema em crise que busca resposta, em regra, dentro dos mecanismos de maximização desse poder.

O discurso oficial da “Lei e Ordem”, dessa forma, proclama: se o sistema não funciona - o que equivale a argumentar -, se não combate eficientemente a criminalidade é porque não é suficientemente repressivo. É necessário, portanto, mandar a “Lei e Ordem”, em suas diversas materializações públicas e legislativas, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários e penitenciários. É necessário incrementar mais e mais a engenharia e a cultura punitivas, fechar cada vez mais a prisão e suprimir cada vez mais as garantias penais e processuais básicas, rasgando cotidianamente a Constituição e o ideal republicano. De última, a prisão retorna à *prima ratio* (Andrade, 2012, p. 271).

Para a compreensão disto, a título de ilustração, é interessante observar como tem sido, por exemplo, tratada a questão da violência e da criminalização na região norte do país, especialmente, no Estado do Pará. Conforme dito no primeiro capítulo desta pesquisa, historicamente essa região é negligenciada em vários aspectos. Há poucos registros históricos do funcionamento do sistema penal, assim como da violência que escancara as particularidades da região. Assim, é indispensável que, sendo esta pesquisa construída na capital do Estado do Pará, seja dado destaque ao atual status de construção do sistema de política criminal.

Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022 (Couto, 2022, p. 53), foi constatado um aumento da violência na Amazônia, sobretudo em relação às mortes violentas intencionais, relacionadas aos processos que conectam os mais variados tipos de

---

efeito inegável: “[...] a atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro”. Assim, o autor afirma que a evolução penal nos Estados Unidos, desde a virada social e racial esboçada no início dos anos 60, em resposta aos avanços democráticos provocados pelo levante negro e pelos movimentos populares de protestos durante a década precedente, tem cinco tendências de fundo sendo elas: a hiperinflação carcerária; extensão horizontal da rede penal; crescimento excessivo do setor penitenciário no seio das administrações públicas; prosperidade da indústria privada carcerária e; política de “ação afirmativa carcerária”.

crimes, com destaque para a relação entre o tráfico de drogas e os crimes ambientais; bem como o crescimento de facções do crime organizado<sup>76</sup>.

Ressalta-se que na zona rural as mortes violentas têm relação principalmente com os conflitos fundiários, já nas cidades elas estão em muito associadas a presença do tráfico de drogas, tornando a média da violência na região muito superior ao padrão verificado no Brasil como um todo (em 2021, houve queda de 6,5% na taxa de MVI no Brasil; a Região Norte, com estados que integram a Amazônia Legal, apresentou crescimento de 7,9%) (Couto, 2022, p. 53).

Falando especificamente do Estado do Pará, segundo os dados do documento, a cidade de Altamira tem destaque nos números da criminalidade em virtude de estar localizada em uma região com grande trânsito, onde rios, estradas e aeroportos particulares são utilizados por narcotraficantes.

Em pesquisa realizada pelo Programa de Pós Graduação de Segurança Pública da Universidade Federal do Pará, com aplicação da estatística descritiva, dentre os anos de 2017 a 2019, sete bairros da capital paraense apresentavam altos índices de criminalidade que estavam relacionados, segundo Regateiro (2021, p. 70-71), à incidência do tráfico de drogas, a péssimas condições de saneamento básico e urbanização ea baixos IDHs para educação e longevidade. Segundo o autor:

Ao analisar as características individuais de cada município e bairro, a fim de realizar associações para justificar os altos índices de criminalidade, verificou-se que muitos bairros e municípios apresentam características de vulnerabilidade social, a saber: péssimas condições de saneamento básico, urbanização de vias públicas, baixos Índices de Desenvolvimento Humano para educação e longevidade, poucas pessoas ocupadas para o trabalho. Além disso, verificou-se que os municípios do Estado do Pará que apresentaram altos índices de criminalidade desenvolvem atividades mineradoras (Regateiro, 2021, p. 248).

No ano de 2022, a Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Pará disponibilizou em seu site oficial o Plano Estadual de Segurança Pública e Defesa Social de 2022-2031. Em um primeiro momento, o documento traz o diagnóstico situacional, que se coaduna com os dados apresentados na pesquisa acima mencionada, indicando que em 2017 o Pará estava entre as 10 cidades mais violentas do mundo (segundo estudo da ONG mexicana *Seguridad, Justicia Ferrajoli Paz*). As cidades de Altamira, Marituba, Ananindeua e Marabá

---

<sup>76</sup> Sobre o tema válido mencionar que o Brasil, em 2022, foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) por “graves falências” judiciais que resultaram na impunidade dos responsáveis pelo assassinato de Gabriel Sales Pimenta, advogado de trabalhadores rurais assassinado a tiros em Marabá (PA), em 1982 (GIMENES, 2022). Ademais, segundo o CNJ (online) o Estado Brasileiro já teve a responsabilidade internacional apreciada em sentenças referentes a 12 casos contenciosos.

figuravam entre as 20 cidades mais violentas do Brasil em 2017, segundo dados do IPEA, no Atlas da Violência .

A partir de 2019, conforme as informações apresentadas, houve significativas reduções na criminalidade, sendo as cidades mencionadas anteriormente excluídas do ranking. O Pará, de acordo com o Monitor da Violência, foi o estado com maior redução dos índices de criminalidade. Assim, o Grupo de Trabalho responsável pela produção do plano considerou que havia um cenário positivo para estabelecer as metas e os indicadores para os próximos dez anos. É válido ressaltar que o documento contou com consulta pública para sua construção.

Os resultados positivos acerca da redução da criminalidade no Estado foram, em síntese, atribuídos aos seguintes fatores, segundo o documento oficial (os chamados “exemplos de boas práticas”): atuação da Polícia Militar com ocupação dos espaços de circulação pública; Polícia inteligente com prevenção e redução de homicídios dolosos orientados pela inteligência para identificação de oportunidades e ameaças quanto à ocorrência da letalidade violenta; e Reforma penitenciária com a reestruturação do Sistema Penitenciário do Pará com a implementação de procedimentos e controle disciplinar.

O plano do Estado do Pará, que, ressalta-se mais uma vez, tem validade para os próximos dez anos, é estruturado a partir dos seguintes eixos diretivos: Fortalecimento das instituições de segurança pública e defesa social; Multicausalidade da violência; e Segurança Municipal. A partir disso, estabelece-se um conjunto de ações estratégicas com vistas ao alcance de resultados eficazes no: investimento nos métodos de modernização institucional; desenvolvimento de ações interinstitucionais; e fomento às estratégias de municipalização da Segurança.

Dentre diretrizes e eixos estabelecidos, a que chama mais atenção, e ao mesmo tempo é apresentada de maneira um tanto quanto superficial, é a Política de Inclusão Social e Redução da violência - “Territórios pela Paz”.

[...] o programa Territórios pela Paz (TerPaz) que alia ações de segurança pública com ações sociais, buscando atingir as causas que levam à violência nestes territórios. O programa está presente nos territórios Guamá, Jurunas, Terra Firme, Benguí e Cabanagem (Belém), Icuí (Ananindeua) e Nova União (Marituba) e inicia o processo de interiorização a partir de 2022. Ao todo, são 82 ações estruturantes desenvolvidas por 37 órgãos do governo, impactando diretamente em 372 mil pessoas. Nos locais escolhidos estão sendo implantados projetos que dialogam diretamente com a população local e suas dinâmicas, desde Cultura à Segurança Pública, passando por sustentabilidade e geração de emprego e renda. E a partir de 2021, cada território contou com um complexo denominado Usina da Paz, um equipamento comunitário de enfrentamento às desigualdades socioespaciais urbanas

que promoverá o desenvolvimento territorial, abrigo das políticas setoriais de inclusão social (PARÁ, 2022, p. 30 ).

O plano apresenta ainda os elementos constitutivos do “TerPaz”,

- I - extinção de qualquer forma de predomínio territorial por grupos armados ilegais e eliminação da coação sobre os moradores;
- II - redução da violência armada, especialmente da violência letal;
- III - recuperação da confiança e da credibilidade das instituições perante os moradores das comunidades;
- IV - resolução pacífica dos conflitos nas áreas atendidas, orientada por padrões não-violentos de sociabilidade e por uma cidadania sem tutela;
- V - oportunidade de estudos, capacitações, empreendedorismo, trabalho e renda para as comunidades.

Por fim, o plano apresenta ações estratégicas para que os objetivos estabelecidos sejam atingidos, organizadas conforme seu destinatário (policiais militares, civis, bombeiros etc..). Na análise do documento, chama atenção a ausência de maiores informações acerca de uma estratégia de planejamento com a pretensão de duração de dez anos.

Verifica-se que o documento possui 62 páginas com pretensão de aplicação em todo o Estado do Pará, sem mencionar, porém, em nenhum momento, as diferentes realidades de um Estado de tamanho continental. Há a informação de que o plano será periodicamente revisto, mas trata-se de uma fragilidade não trazer como questão basilar as particularidades das regiões que compõem o próprio Estado.

Outras ausências também devem ser consideradas. Sabe-se que o Estado do Pará enfrenta há anos os problemas causados pelo estabelecimento de facções criminosas, em especial o Comando Vermelho. Segundo reportagem publicada pelo G1 Pará (2023, *online*), desde 2020 houve 88 mortes de policiais, dentro e fora de serviço, sendo que, em maio de 2022, ocorreram 15 atentados e ao menos 07 mortes. Tais dados não são mencionados no principal documento de segurança pública do Estado.

Roberto Magno, especialista em atividade de inteligência, ouvido pelo G1 Pará (2023, *online*) em reportagem acerca da ação de facções no estado paraense após o massacre ocorrido no Presídio de Altamira<sup>77</sup>, afirma que após o ocorrido houve uma forte intervenção

---

<sup>77</sup> O episódio conhecido como "Massacre do Presídio de Altamira" é considerado a maior tragédia carcerária do Pará e a segunda maior do país. A rebelião ocorreu no Centro de Recuperação Regional de Altamira, sudoeste do Pará, e marcou a história do sistema penitenciário do estado, a partir de um conflito entre dois grupos rivais. Uma ala inteira ficou destruída, onde ficava uma cela container. No presídio, 58 detentos foram mortos, a maioria, por asfixia. Dezesseis deles foram decapitados. Os líderes do motim foram transferidos para outras unidades prisionais do estado e até para presídios federais. Durante a transferência para Marabá, um dia após o

penitenciária que perdurou até 2021 e que originou uma resposta mais dura do estado contra essas lideranças.

O especialista afirma que para “enfrentar” o crime organizado seria necessário encará-lo como uma empresa “[...] em uma economia paralela e milionária, que todo dia busca inovação, assim como a polícia busca se adaptar para combatê-lo” (G1, *online*, 2023).

Dessa maneira, havendo um problema constante, visível e grave para a segurança pública, é curioso observar que não há um capítulo no plano estadual a indicar as ferramentas e os objetivos que serão aplicados nos próximos dez anos para tratar da questão.

Outra questão ausente no documento são as metas ou ações estratégicas, no que diz respeito à atuação policial. Ainda que exista uma seção dedicada à Polícia Militar e Civil, não é possível encontrar no plano a menção de um aprimoramento da atuação dos agentes com práticas voltadas aos direitos humanos. O que se percebe é uma preocupação em garantir investimento para atuação ostensiva, deixando de lado uma necessária revisão na formação e no treinamento dos policiais, constituintes da linha de frente de qualquer estrutura de segurança pública.

É possível notar também que dentro do plano estadual de segurança pública, ironicamente, não se fala nas casas penais do Estado. Não há dados, ações estratégicas e nem sequer consta na lista de objetivos qualquer citação ao sistema prisional. Disso, é possível extrair a conclusão de que os presídios não foram considerados como parte essencial da segurança pública.

Os dados sobre o sistema penitenciário paraense são encontrados, de maneira pública, apenas no site<sup>78</sup> da Secretaria de Administração Penitenciária do Pará (SEAP/PA). O item “SEAP em números” traz informações gerais acerca da estrutura disponibilizada no Estado, entretanto, é importante mencionar que, desde 2019, houve uma mudança na metodologia de apresentação de tais dados. Até 2018, o documento disponibilizado periodicamente trazia, para além da questão estrutural, um tópico dedicado ao perfil da população carcerária, envolvendo gênero, escolaridade e raça, o que permitia conhecer mais detalhadamente quem era o preso paraense e comparar tais dados com outros a nível nacional.

Nos últimos anos, porém, essas informações deixaram de ser disponibilizadas publicamente, o que dificulta compreender se há mudanças nesse perfil e, assim, traçar

---

massacre, quatro detentos foram mortos dentro de um caminhão-cela. Ao todo foram 62 mortes (G1, 2021, *online*).

<sup>78</sup> Dados colhidos em 02 de abril de 2023 em consulta ao site da SEAP/PA.

políticas públicas de maneira mais apropriada para tais pessoas. Diante disto, ressalta-se, portanto, a lacuna existente em termos de política criminal no Estado.

A análise de um dos principais documentos voltados para a segurança pública do estado do Pará demonstra que há um déficit de entendimento acerca do que se constitui a política criminal, assunto que será tratado mais adiante. Não se pode deixar de reconhecer que um dos méritos que o documento traz é o projeto “TerPaz”, que representa o aspecto da multicausalidade da violência, ou seja, trabalhando o social como parte integrante de um planejamento que não deve priorizar somente o aspecto ostensivo da segurança.

O principal problema é que tais lacunas na estruturação do projeto de segurança pública e os problemas que surgem e que não são abraçados em tal planejamento costumam ser respondidos da maneira mais repressiva possível. A intervenção nos presídios ocorrida recentemente é uma das demonstrações práticas disto.

Em 2019, após a morte de 57 detentos no presídio de Altamira, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, autorizou a chamada “Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária (FTIP)”, a pedido do governador Helder Barbalho, no Pará pelo período de 30 dias. Segundo reportagem do G1Pará (2019, *online*), após o ocorrido, o relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstrou que o presídio com capacidade para 163 presos abrigava 343 detentos no regime fechado.

A FTIP<sup>79</sup> foi criada pela Portaria n.º 936, de 2017, com natureza de caráter episódico e limitado. De acordo com relatório<sup>80</sup> produzido pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, a atuação da FTIP agravou o quadro caótico já pré-existente ao ocorrido, que se deu em razão do fechamento de presídios e do amontoado de detentos em outras unidades, sem planejamento adequado (G1, 2019, *online*).

O relatório ainda aponta que, do mesmo modo que ocorreu em outras Unidades Federativas, a FTIP no Pará não apresentou plano de ações, especificando quais funções iria exercer, passando a atuar como uma força de intervenção *lato sensu*. Assim, foi constatado que houve um abuso das funções, tendo FTIP atuado na administração do sistema prisional do

---

<sup>79</sup> A FTIP é uma força formada nos moldes da Força Nacional de Segurança Pública, ou seja, não possui um contingente de agentes efetivos em seu quadro, ela é composta por agentes penitenciários federais e estaduais, convocados em caráter episódico para atuar em situações específicas (BRASIL, 2019).

<sup>80</sup> O documento foi elaborado após visita às casas penais do estado, com inspeções realizadas em setembro. A visita dos peritos federais do MNPCT ocorreu de 16 a 21 de setembro no Centro de Recuperação Regional de Altamira (CRRALT), onde 58 presos foram mortos durante rebelião em julho deste ano; Central de Triagem de Altamira; Cadeia Pública de Jovens e Adultos (CPJA), em Belém; Centro de Recuperação Prisional do Pará 3 (CRPP III), em Santa Izabel; e Centro de Reeducação Feminino (CRF), em Ananindeua (G1, *online*, 2019)

estado do Pará, como se houvesse uma intervenção Constitucional sob o estado (BRASIL, 2019, online).

Uma das constatações mais importantes do relatório foi a seguinte:

O Mecanismo Nacional constatou que FTIP, embora não tenha apresentado oficialmente suas diretrizes e regras, possui um padrão violador comum de atuação, como: (i) incomunicabilidade indiscriminada de pessoas privadas de liberdade; (ii) suspendendo visitas familiares e de advogados; (iii) redução a quase zero o número de presos conduzidos para audiências no âmbito do poder judiciário; (iv) interrupção de atendimentos básicos como atendimento médico, psicológico e social; (v) retirada de itens pessoais como vestuário, materiais de higiene pessoal, calçados, medicamentos, inclusive de documentos dos detentos; (vi) sanções coletivas sistemáticas; (vii) obrigação de posturas corporais, de forma indiscriminada e violadora, como ficar por horas sentados encaixados uns aos outros com as mãos entrelaçadas na cabeça, o que causa dores, falta de ar e sofrimentos diversos (BRASIL, 2019, online).

Segundo as informações contidas no documento, tais padrões violadores são abordados como procedimentos de disciplina pelos agentes atuantes na FTIP. No Estado do Pará, várias denúncias foram feitas a autoridades estaduais e federais, entretanto, quando em público, as irregularidades foram negadas sem a existência de qualquer procedimento interno de apuração (BRASIL, 2019, online).

Nas inspeções realizadas, foi constatado que todas as unidades apresentavam um quadro caótico de superlotação, agravado pelas condições físicas das penitenciárias, caracterizadas por serem construções antigas sem estrutura, com falta de manutenção na rede de esgoto sanitário, um abastecimento de água insuficiente e centrais elétricas comprometidas, entre outros problemas (BRASIL, 2019, online).

Os dados levantados também apontaram que a relação governo e sociedade civil no Estado do Pará encontrava-se em um status preocupante, diante de denúncias de obstrução ao acesso de entidades legalmente constituídas, com prerrogativas para o exercício do controle social externo na fiscalização e no monitoramento das unidades prisionais paraenses (BRASIL, 2019, online).

É válido ressaltar que a Lei 7.210/84 traz em seus capítulos V e VIII a previsão legal da participação da sociedade civil na fiscalização e na conformação de políticas voltadas especificamente para a população presa, especificamente, o Conselho Penitenciário e o Conselho da Comunidade. Acerca disso:

Entre outras medidas está a tentativa por parte do governo do Pará em inviabilizar o exercício do Conselho Penitenciário COPEN estadual, Órgão previsto na LEP composto, dentre outros, por entidades da sociedade civil, com mandato e atribuições definidas em lei. Outra entidade a sofrer sanção foi a Ordem dos

Advogados do Brasil tendo seu acesso negado às unidades prisionais em razão da execução de seu ofício constitucional que é zelar pelas leis e sua fiel aplicação (BRASIL, 2019, online).

Sobre isto, a OAB/PA chegou a divulgar nota oficial em razão das Portarias nº 936 e 937, expedidas no Diário Oficial do Estado, de ordem do Secretário Extraordinário para Assuntos Penitenciários do Estado do Pará, que suspendeu o ingresso de advogados e advogadas no Centro de Recuperação Feminina (CRF) e Central de Triagem Metropolitana II (CTM II). Segundo a Ordem, os procedimentos adotados violavam direitos humanos e as prerrogativas da advocacia.

O relatório do MPCT, a partir de visitas realizadas ao Centro de Recuperação Regional de Altamira, Cadeia Pública de Jovens e Adultos, Centro de Recuperação Prisional do Pará e ao Centro de Reeducação Feminino, traz, ao longo do documento, fotos e outras informações acerca das péssimas condições estruturais das casas penais, da negligência com saúde e da alimentação dos custodiados, fatos que ocorreram, importante mencionar, durante a FTIP.

Algumas das recomendações realizadas ao Governo do Estado do Pará indicaram a elaboração de um plano estadual, com planejamento de ações de longo, médio e curto prazo para prevenção e combate a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, e ações de reparação e não repetição dos graves episódios, como os massacres em Altamira; elaboração, em conjunto com os órgãos do Sistema de Justiça e representantes das organizações da sociedade civil com atuação na defesa de direitos humanos, de um plano efetivo de desencarceramento das unidades prisionais (BRASIL, 2019, online).

Nenhuma das recomendações foi atendida no Plano Estadual de Segurança Pública e Defesa Social, publicado pelo Governo em 2022, ou seja, posterior à publicação do relatório do MPCT. Percebe-se, então, que um dos problemas mais graves na segurança pública estadual ocorrido nos últimos anos sequer é mencionado no projeto de política criminal para a próxima década.

Ocorre que essa situação, essa omissão e vagueza no planejamento estatal, gera consequências. Segundo Andrade (2012, p. 290), o eficientismo é um modelo-movimento de controle penal ideologicamente vinculado à matriz neoliberal, em que a contrapartida da minimização do Estado Social é precisamente a maximização do Estado Penal.

Esse novo pacto tem atrás de si elementos do velho saber, discurso e senso comum positivistas, tem atrás de si o velho paradigma etiológico da Criminologia, com sua ideologia da defesa social (defensivista-periculosista) associada a uma atualização

eficientista, da qual se têm encarregado Criminologias e políticas de cunho administrativo e atuarial, em cujas matrizes figura nuclearmente a já citada confraria “Vidraças quebradas”, hino da intolerância 100% (Andrade, 2012, p. 290-291).

A criminóloga destaca que a ideia é amplificar os potenciais universalistas e a-históricos do modelo defensivista-periculosista, sobre um “approach eficientista”, adaptando-se às exigências e aos recursos da sociedade tecnológica globalizada (Andrade, 2012, p. 291). O modelo de planejamento indicado acima como parte desta pesquisa pode ser enquadrado nessa tendência, tendo em vista o uso de objetivos genéricos, afastados da realidade, mas com potencial de serem bem recepcionados publicamente ao demonstrar o vigor estatal de combate à criminalidade, sem que ela seja de fato compreendida.

Andrade (2012, p. 291) afirma que há um movimento simultâneo de (a) expansão quantitativa (maximização e verticalização do controle); (b) expansão qualitativa (diversificação): continuidade, combinada redefinição de espaços, atores, penas, métodos, dispositivos, tecnologias de controle; (c) expansão do controle social informal - da privatização da prisão à pena privada de morte; e (d) minimização das garantias penais e processuais penais.

Estruturalmente, a construção social da criminalidade permanece centrada nas ilegalidades dos bens e dos corpos, mas também está em jogo a criminalização (simbólica) de velhos amigos - como a burguesia nacional e os novos movimentos sociais. Está em jogo, enfim, tanto a criminalização instrumental e simbólica da riqueza e de problemas sociais de multiplicável envergadura e identidade (trânsito, terra, genero, ecologia, LGBT, idosos, animais), fundamentadamente está em jogo uma nova gestão penal da pobreza traduzida numa mudança de tecnologia punitiva e de promessa de inclusão social dos criminosos por meio da prisão reabilitadora (ideologia “res” para a exclusão pela prisão neutralizadora ou abertamente exterminadora (Andrade, 2012, p. 292).

Ferrajoli (2002, p. 331) afirma que tanto os sofrimentos físicos quanto psíquicos subtraem à pena de prisão seus caracteres de igualdade, legalidade e jurisdicionalidade. Isso se dá de modo que, da forma que se tem, a prisão é uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, sendo, em parte lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva.

O autor italiano ressalta que, dois séculos depois, a condição das prisões tem melhorado, porém a atipicidade e a imprevisibilidade dos conteúdos da privação de liberdade não tem mudado, mas sim agravado. Assim, a discricionariedade das autoridades carcerárias, que variam segundo os tipos de presos e de estabelecimentos carcerários, conferem à pena privativa um caráter arbitrário e desigual (Ferrajoli, 2002, p. 331).

Pode-se compreender que há um propósito no estabelecimento de uma política criminal genérica e pouco adstrita à realidade, a fim de que torne possível as lacunas serem cumpridas por discursos e práticas de maximização do caráter punitivo. Andrade (2012, p. 295) afirma que a política criminal efficientista insere-se num eixo de continuidade em relação ao controle penal moderno e à ordem social que ele contribui para conservar e reproduzir.

#### 4.2 A colaboração teórica para o grande encarceramento

Segundo Abramovay (2010, p. 25), as relações entre as ideologias predominantes em cada momento histórico e o papel do direito penal dentro da política criminal são marcantes. Para o autor, desde o iluminismo, que inaugura a chamada “racionalidade penal moderna”, o direito penal ganha relevo como o principal, senão único, instrumento da política criminal.

O crescimento da população carcerária e do endurecimento das penas a partir da década de 80 não são acompanhadas de um avanço das reflexões teóricas sobre as maneiras da sociedade lidar com o fenômeno criminal, mas sim é um movimento integrante de um modelo político-econômico que não acredita na intervenção do Estado na economia como fundamental para redução das desigualdades (Abramovay, 2010, p. 25).

Ao tratar especificamente do Brasil, Batista (2010, p. 30) entende que a política criminal de combate às drogas, imposta pelos Estados Unidos, serviu para produzir o deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum. Segundo a autora, a grande mídia exerce papel de protagonismo na construção do alvo do perigosíssimo social e também ajudou a confeccionar o que Zaffaroni chamou de “autoritarismo *cool*”<sup>81</sup> e com isso manteve as possibilidades de expansão da estrutura social de controle da ditadura.

Wacquant (2003, p. 147) afirma que hoje não se pode compreender as políticas policiais e penitenciárias nas sociedades avançadas sem recolocá-las no quadro de transformação mais ampla do Estado, o que se relaciona com mutações do emprego e com oscilação de relação de forças entre as classes e grupos que lutam por seu controle.

No contexto brasileiro neoliberal, houve/há inclusive o que Batista (2010, p. 33) chama de “encarceramento de legitimação”, ou seja, prisões espetaculosas de pessoas ricas

---

<sup>81</sup> O discurso cool se insere nesta região (América) em sistemas penais invertidos, com prisões superlotadas de gente sem condenação, onde o aumento de escalas penais não representa penas mais longas mas sim mais prisioneiros preventivos (porque impede o desencarceramento) e o direito de execução penal é, em grande medida, uma utopia, inclusive formalmente aplicável a uma minoria quase insignificante de presos. [...] Nesse contexto, o discurso autoritário cool latino-americano participa do simplismo de sua matriz norte-americana, carecendo igualmente de qualquer respaldo acadêmico, e se orgulha disso, pois esta publicidade popularesca distorce constantemente a opinião técnica jurídica e criminológica, obrigando os operadores políticos a assumir idêntica postura de desprezo (Zaffaroni, 2001, p. 74).

com a finalidade de encobrir a seletividade do sistema e apresentá-lo como igualitário (Batista, 2010, p. 33).

O livro de Loïc Wacquant nos inspira a repensar os efeitos do capitalismo, nesse simulacro de democracia em que os jovens negros e os pobres em geral se encontram cada dia mais nas garras do sistema penal e dos grupos de extermínio. O que o pensamento crítico vai propor depois do grande encarceramento parece ser a principal questão política dos novos tempos (Batista, 2010, p. 34).

Wacquant (2001, p. 04) entende que a penalidade neoliberal apresenta um paradoxo: pretende remediar com “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países.

No Brasil, especificamente, Carvalho e Matos (2022, p. 516) afirmam que a questão penal é um dos nós autoritários da democratização brasileira após a ditadura civil-militar ocorrida entre 1964 e 1985. Nesse contexto, o sistema punitivo constitui-se como uma das grandes contradições do pacto social fundado com a Constituição Federal de 1988.

A nossa democracia se caracteriza, dentre outras contradições, pela ampliação dos mecanismos de controle social e a progressiva policização das dinâmicas sociais. As marcas mais evidentes deste movimento são o superencarceramento seletivo e os altíssimos níveis de letalidade das forças policiais, fenômenos impulsionados pela criminalização da conflitividade em uma sociedade profundamente hierarquizada em termos sociais e raciais (Carvalho; Matos, 2022, p. 516-517).

Tagle (2010, p. 57) afirma que, durante o século XX, diversos campos teóricos revelaram as consequências negativas das intervenções penais e apresentaram propostas para mudar o estado de coisas. O autor, seguindo inclusive a linha que já foi apresentada nas páginas anteriores desta pesquisa, agrupa as duas possibilidades da seguinte forma: de um lado, aqueles que assumem a atitude abolicionista; do outro, os que apostam no direito penal mínimo.

O autor destaca, porém, que não se vê resultados práticos na realidade objetiva, ou seja, para além do mundo acadêmico. Para ele, novas respostas devem incluir o dilema Estado de direito-sistema penal, que, por sua vez, pode se expressar como o dilema inclusão-exclusão (Tagle, 2010, p. 57).

Para o estudioso, através das narrativas de justificativa do direito penal, referindo-se às teorias da prevenção (geral e especial) da pena, tem-se a manutenção de uma política de exclusão, pois a “readaptação social” não se distancia da ideia de conversão do catolicismo

ibérico e nem da prevenção especial negativa, que corresponde a um cientificismo da incapacitação (Tagle, 2010, p. 65).

Parece-me que, para conjurar o dilema inclusão-exclusão, isto é, a racionalidade que orienta o também dilema identidade-exclusão, é necessário apelar para um princípio que transcenda as atitudes etnocêntricas, aquelas que assumem ser a espécie dominante do planeta. E este não é outro senão o princípio da dignidade. Não me refiro, necessariamente, à tradição moderna que se recria nas conjecturas kantianas, que, em boa medida, contribuíram para essas explicações, e, sim, a ressignificar a semelhante categoria com as vozes daqueles sobreviventes das violências que atentam justamente contra sua dignidade como pessoas. Por exemplo, as vozes dos sobreviventes do Holocausto, do apartheid, as vozes das mulheres e ainda das crianças e de tantas outras categorias humanas que foram decididamente desvalorizadas (Tagle, 2010, p. 66).

Para Matos e Carvalho (2022, p. 515), o desafio que se impõe é a elaboração de uma resposta marginal consciente da ausência de legitimidade e dos obscenos da violência produzida pelo sistema penal no continente latino-americano. Isto ocorre, segundo os autores, diante da disjunção entre as finalidades declaradas do sistema penal e a sua incidência na vida social concreta.

Para Anitua (2010, p. 71), a América Latina tem características específicas de funcionamento do sistema penal. O criminólogo destaca que a principal agência de seleção é a polícia, que aplica de forma igualmente seletiva a violência em geral e tem como traço característico da região a pena de morte extralegal.

Essa violência também faz parte dos problemas específicos no mundo da prisão. Entre eles, o de ter importado dos países centrais a reclusão como principal ferramenta do sistema penal. De acordo com o autor, esse recurso mais intensivo à prisão é o que torna o fenômeno mundial, denominado outra vez como “grande reclusão” (visto que já ocorreu em outros momentos da história) ou grande encarceramento (Anitua, 2010, p. 71).

Não estamos diante da falência do sistema penitenciário (embora isso o afete) e nem sequer do direito penal de fundo. São - como já o assinalavam Carranza, Mora, Houed e Zaffaroni, numa investigação muito importante desenvolvida sobre o tema, datada de 1983 - problemas da incidência do tipo de sistema processual e da organização da justiça penal. Uma justiça penal burocrática, escriturista e lenta, sem imediação e com uma longa etapa de instrução inquisitiva e secreta, delegada pela lei ou baseada nos fatos quase por completo relatados na política, além de um grande número de outros fenômenos negativos e correlatos (Anitua, 2010, p. 79).

O criminólogo ainda destaca que faz parte da história latino-americana o problema da superpopulação carcerária, de maneira que, em seu entendimento, é um erro tratar tal questão sob a ótica da necessidade de construção de mais prisões, pois isso acaba por aumentar o

problema. Trata-se, na verdade, de uma situação relacionada à violência que, nesta região especificamente, tem a característica de ser estrutural (Anitua, 2010, p. 80-81).

Para Anitua (2010, p. 81), “[...] as vilas, favelas e guetos distintos têm características de violência que são, a meu ver, o principal problema da América Latina como instituição de sequestro”. Não à toa, no primeiro capítulo desta pesquisa, foi demonstrado que o perfil das pessoas mais pobres ainda coincide com o perfil de boa parte das pessoas que compõem o sistema carcerário brasileiro.

Tal violência é existente tanto no campo interpessoal (entre internos) quanto estrutural, e ambas deveriam ser consideradas de maneira integrada<sup>82</sup> quando da formulação de uma proposta voltada para a redução dos fatos considerados “delitos” e seus níveis de violência (Anitua, 2010, p. 82).

Com isso, volto àquilo que assinali ao começar esta intervenção. Loïc Wacquant, ao estabelecer a associação de prisão com o gueto, deixa de ver esta relação com uma simples afinidade mecânica e a concebe como uma afinidade dinâmica de construção de um mundo cindido e assimétrico. Segundo o professor francês, o sistema penal - e a prisão em primeiro lugar - e o gueto provocam a exclusão. Eles são instituições de sequestro e de construção de uma identidade deteriorada (a raça) porque não se limitam a processar uma divisão etnoracial que, de fato, existe foram e de forma independente delas, como também cada uma dessas instituições produz e reforça esta divisão. Wacquant finalmente considera a racialização típica da modernidade. O “outro”, enquanto inferior e inassimilável ao “nós-outros”, é quem fica subordinado às lógicas do sequestro (Anitua, 2010, p. 83).

A compreensão da realidade latino-americana e das peculiaridades que explicam a dinâmica de seu funcionamento foi muito bem trabalhada também por Lola Anyar de Castro. Segundo a autora, os séculos XX e XXI caracterizam-se por apresentar os mais elevados índices históricos de violência carcerária no continente (Castro, 2010, p. 89).

A violência existente dentro do cárcere, com episódios de rebeliões, tem relação direta também com as condições de vida nas prisões. A autora afirma que o que se tem são lugares onde a única atividade de sobrevivência reduz-se a formalizar grupos de poder e a encabeçar

---

<sup>82</sup> Anitua (2010, p. 82) afirma o seguinte “ Fui informado de que existe uma prisão aqui no Rio de Janeiro destinada àqueles que têm curso superior completo. Trata-se de uma clara discriminação classista (e racista), relacionada àquela existente na sociedade em geral, que só garante o direito à educação nesses níveis a determinados setores da sociedade. Se isso não acontece em outros países do subcontinente, é porque, por possuírem menos presos, também há bem menos selecionados dos estratos privilegiados. Nos casos em que os menos vulneráveis são detidos, é costume lhes ser destinados lugares especiais para sua segurança ou proteção”. Em tempo, somente em 31 de março de 2023 os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, por unanimidade, pela derrubada da previsão legal da prisão especial para quem tem diploma de curso superior, com fundamento, principalmente, na violação do princípio da igualdade. Mesmo com a Constituição atual entrando em vigor em 1988, o dispositivo do Código de Processo Penal permanecia em vigor.

lideranças, reproduzindo dentro da penitenciária uma caricatura da sociedade violenta e imperfeita existente no mundo exterior (Castro, 2010, p. 89).

Ademais, há problemas de atrasos nos processos, nos quais os "benefícios processuais" ou se reduzem ou não são suficientemente aplicados ou são eliminados para algum tipo de delito. Como forma de disfarçar a realidade do cárcere, insiste-se na rapidez da condenação como um paliativo à violência, ao mudar o status do preso (Castro, 2010, p. 90).

O correto, caso se pretenda mesmo diminuir a violência urbana, seria investir na prevenção, na construção de capital social e de cidadania. Todavia, a prevenção é uma ação de governo demasiadamente ampla, custosa e lenta para divulgá-la nos períodos eleitorais ou para exercê-la no lapso de um governo que corresponde sempre a um tempo curto. A ação política, ao carecer de continuidade, busca apenas retribuição imediata. Os resultados que não são vistos em um termo de ação política não interessam (Castro, 2010, p. 93-94).

Com a intenção de abordar o enfrentamento dos problemas do sistema penal latino-americano, a autora, semelhante ao que propõe Alessandro Baratta, afirma que o ideal seria avançar as críticas às propostas possíveis, passo a passo, em direção à utopia abolicionista (Castro, 2010, p. 99). No capítulo anterior, foi apresentada a crítica existente acerca dessa compreensão dualista do minimalismo penal e, inclusive, da abordagem de Ferrajoli sobre o tema.

Chama atenção que Castro encontra no garantismo penal propostas que considera relevantes e, principalmente, possíveis dentro da formulação da política criminal. Nesta pesquisa, e especificamente neste capítulo, mais a frente serão abordados quais os eixos essenciais de conformação de uma política criminal democrática diante de um cenário caótico como o atual. Neste momento, porém, é válido considerar um aviso realizado pela criminóloga:

Um pessimismo realista nos faz asseverar que a solução não está simplesmente em construir, uma e outra vez, e outra mais, uma reforma penal ou processual, ou penitenciária, racional e minimalista, ou mais cárceres-modelo, que pouco se realizam na prática. A questão é evitar que o problema penitenciário seja manipulado politicamente e resolvido somente através de leis quase perfeitas, e eu diria que este é o caso da Venezuela, no qual a distância entre o mito legal ultramoderno (o paraíso) e a realidade institucional (o inferno) é abissal. Não obstante ser anacronicamente radical, diante do panorama descrito, a única proposta com garantias de ação prática e persistente tem também de ser política. Trata-se de militar em uma sólida "resistência", que não pode ser senão uma resistência ativa (Castro, 2010, p. 100).

A questão é: como elaborar essa resistência? Considerando que isso se dá frente aos avanços dos movimentos expansionistas penais, que encontraram neste continente solo fértil

para um constante crescimento e avanço, e que se aproveita das fragilidades de democracias jovens, é necessário pautar uma estratégia que permita o debate avançar.

Ao chegar neste ponto da discussão, é esperado que já se tenha ciência das violências geradas, abraçadas e reproduzidas pelo sistema penal e da sua estreita relação com os problemas sociais que decorrem da conformação histórica do Brasil e de demais países latino-americanos colonizados. Porém, o maior desafio é encontrar as vias adequadas e práticas, para além dos muros acadêmicos, bem como tornar o sistema penal algo possível de existir dentro de uma democracia.

Para tanto, primeiro é importante estabelecer o significado de política criminal.

### **4.3 Breves notas sobre política criminal**

Batista (2022, p. 14) afirma que Beccaria e Feuerbach podem ser considerados como marcos referenciais da política criminal, ambos representando uma conjuntura histórica de ascensão da burguesia e uma radical transformação nos métodos de exercer o poder punitivo. Trata-se de um momento fundamental, tendo em vista que a livre disposição do corpo do acusado ou condenado pelo poder punitivo absolutista começou a sofrer restrições.

O autor declara que o conceito de Feuerbach se generalizou, sendo a política criminal entendida como “conjunto de procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime”. O problema é que se trata de uma concepção acrítica que relega a este campo a tarefa de aprimorar a eficácia do sistema penal, que foi adotada por vários autores (Batista, 2022, p. 14).

Essa perspectiva acabou por configurar uma Política Criminal quase dogmática, na qual se tomava como a priori a suficiência de uma razão penal (a legitimidade da pena), a racionalidade do legislador e os efeitos sociais benéficos, diretos ou indiretos, retributivos, neutralizantes ou preventivos, da aplicação e execução das penas. Injunções provenientes da classe social dos infratores estavam sempre dissimuladas pela busca de eficiência punitiva, para o bem ou para o mal. Por exemplo, entre o final do século XIX e o início do século XX, a Política Criminal devia ocupar-se do perigosíssimo (medidas de segurança), decisivo para o controle e adestramento do lumpesinato e do proletariado urbano; paralelamente, a questão elegante era a alternativa para as penas privativas de liberdade de curta duração (reparação do dano, repreensão, sursis), os dispositivos punitivos gentis para os não-perigosos (Batista, 2022, p. 15).

A crítica do autor, portanto, é a do uso de um discurso técnico-jurídico encobridor que, ao contrário da criminologia, ganhou impulso nas discussões conceituais. Batista (2022, p. 17)

afirma que as relações entre criminologia e política criminal não parecem ser tão difíceis e complexas.

A Política Criminal tem por objeto imediato o poder punitivo e as agências governamentais encarregadas de sua distribuição social (o sistema penal). Se a Ciência Política se ocupa do poder e de sua institucionalização governamental, a Política Criminal pretende privilegiar o exame de certa parte do poder, precisamente do poder punitivo. Portanto, a Política Criminal já poderia estar girada metodologicamente enquanto a criminologia positivista ainda se arrastava no lamaçal etiológico atrás do homem delinquente. A Política Criminal deveria, desde o primeiro dia, ter olhado para a reação social concretamente formalizada [...]. Assim, o horizonte da Política estaria dependentemente demarcado pela programação criminalizante (lei penal): essa dependência existiu para a Criminologia positivista e funcionalista, sendo rompida pela Criminologia Crítica. Só a força de certas interdições do pensamento dogmático, como aquela que da regra da proibição de negação extrai que a pena - este fato antes de mais nada político, e rudemente político - não pode ser negada, explica que os penalistas interessados em Política Criminal só quisessem ampliar e melhorar a eficiência do escandaloso fracasso da pena de prisão, só soubessem propor *more of the same* (Batista, 2022, p. 17-18).

Segundo Batista (2022, p. 19), é necessário se libertar das concepções idealistas de política criminal que a tornam dependente do direito penal e aproximá-la e comprometê-la com a ciência política. Para o autor, a política criminal se constitui como uma forma de ciência política que cuida de uma forma muito especial de poder: o poder punitivo.

Assim, pode-se trabalhar com um conceito mais complexo, que não inclui apenas a obtenção e a realização de critérios diretivos, mas que trata do desempenho concreto de agências públicas, policiais ou judiciárias que se encarregam da implementação cotidiana, e não só dos critérios diretivos enunciados ao nível normativo (Batista, 2022, p. 195).

Para tanto, o autor não ignora as complexidades e peculiaridades do processo histórico brasileiro que refletem no sistema criminal. Dessa maneira, ainda que seja inegável que nesse processo há um protagonismo de variáveis econômicas ( modo de produção e relações sociais de produção), a cultura e as mentalidades punitivas expandem o horizonte de seu conhecimento.

Andrade (2012, p. 278), em uma análise contemporânea do conceito no marco europeu-americano, afirma tratar-se do campo dos movimentos-modelos de controle penal, entendidos como respostas teórico-práticas à crise do sistema penal, as quais, ao respondê-las, coconstituem o próprio sentido da crise. A autora refere-se diretamente aos modelos e movimentos abolicionistas, minimalistas e eficientistas que possuem diferentes leituras do controle penal moderno.

Gomes (2015, p. 139) afirma que o sistema penal é expressão da política criminal. Seus limites e traços característicos são definidos por decisões políticas em matéria de controle social e delineados a partir da execução dessas decisões pelas agências punitivas.

[...] no terreno político criminal, o passo mais importante a ser dado é o desenvolvimento de uma epistemologia sólida, com inspiração contencionista. Um dos principais motivos pelos quais a política criminal é tão permeável ao discurso midiático sobre o crime é a sua fragilidade epistemológica. Por maior que seja o esforço de esquematização, não parece ser possível organizar os elementos integradores de uma teoria do conhecimento que confira racionalidade à política criminal. Ela é frequentemente confundida com um dos seus produtos, o direito penal, no qual, todavia, não se esgota. Na verdade, ela vem antes da dogmática e se estende para além desta. Fazer política criminal não significa única e tão somente manejar as ferramentas repressivas do sistema penal. Isso é punitivismo, algo diferente. Contudo, se, por um lado, sabe-se muitas vezes o que a política criminal não é ou não deve ser, não se pode apontar, com a segurança e clareza necessárias à sistematização de um saber, o que ela é, quais seus métodos, suas funções, seu objeto. Sua exposição aos mais variados fatores de influência externa - dentre eles, os meios de comunicação - se explica muito por essa perigosa instabilidade conceitual e metodológica (Gomes, 2015, p. 147-148).

Para Batista, a gestão do sistema penal deveria ser repensada. Para tanto, o autor aponta o que, com base nos fins desta pesquisa, será chamado de eixos característicos e necessários da Política Criminal brasileira.

1) O policiamento comunitário: Introduzido por Nazareth Cerqueira em 1983, foi distorcido pelo manejo neoliberal e se converteu em instrumento de vigilância e informação sobre as atividades dos moradores de comunidades pobres (Batista, 2022, p. 223).

2) Uso alternativo da lei penal: A problemática da ideia de inverter a seletividade do sistema penal, o que Batista (2022, p. 224-225) chama de dinamização da criminalização das classes dominadas, que generalizou-se sob a moção do pensamento único neoliberal. Isso, no fim das contas, deixa claro que “O protagonismo do poder punitivo no espetáculo das democracias reintroduzidas em nosso continente representa na verdade um perigo para essas democracias” (Batista, 2022, p. 224-225).

3) Mídia: O entendimento da mídia como personagem da questão criminal, que assumiu protagonismo nas relações entre as agências policiais e judiciárias e o público. O reconhecimento da capacidade de pautar as agências e de apresentar-se como serviço público que não podem ser ignoradas pelo gestor (Batista, 2022, p. 226-227).

4) As penitenciárias: A necessidade de manter como estratégia geral da gestão os objetivos de redução de danos e entretenimento. A educação deve favorecer a compreensão das condições sociais que expuseram os internos à criminalidade (Batista, 2022, p. 231).

Para Tavares (2021, p. 171), considerando o próprio caráter autoritário da norma penal, a construção de um direito penal antiautoritário só pode ser vista sob o aspecto da elaboração de uma doutrina antiautoritária.

Sob esse aspecto, dever-se-à, então, distinguir entre direito penal, como saber, e sistema penal, como o conjunto de normas criminalizadoras e agências funcionalizadas para sua implementação. Portanto, um chamado direito penal antiautoritário, como saber, como doutrina penal, deve ser compreendido como um direito limitativo do poder de punir (Tavares, 2021, p. 171).

Sales e Pinho (2022, p. 195) afirmam que a Constituição Brasileira de 1988 fez uma escolha política muito clara por um modelo garantista de direito e de processo penal, algo perceptível com a simples leitura do art. 5º, que traz extenso rol de garantias individuais, marcando o núcleo liberal dos direitos fundamentais. Ou seja, no campo do exercício do poder punitivo a palavra de ordem é a limitação deste poder.

Com a finalidade de redução da irracionalidade do sistema, Tavares (2021, p. 171) propõe medidas restritivas de punição: a) proceder, desde logo, a separação entre lei penal e pretensão persecutória; b) colocar em evidência a possibilidade de discutir a ilegitimidade da norma; c) postular pela observância estrita do princípio da legalidade; d) exigir a demonstração de que a conduta incriminada produza uma alteração sensível da realidade; e) sedimentar as causas de justificação sobre uma base puramente objetiva; f) objetivar as circunstâncias do tipo, salvo aquelas vinculadas à vontade de realização do agente; g) exigir a demonstração da culpabilidade, em todos os delitos, como elemento essencial da conduta; e h) vincular o juiz aos critérios objetivos de individualização da pena, só autorizando a análise da personalidade e do contexto como causas de favorecimento do autor.

Carvalho (2022, p. 356) fala sobre a necessidade de um modelo integrado de ciências criminais, na qual a criminologia não se reduziria à descrição dos fenômenos criminais (individuais ou sociais) e o direito penal não se limitaria à sistematização normativa.

A crítica nas ciências criminais é instrumentalizada em três planos (sétima diretriz): (primeiro) dogmática crítica: manuseio garantista das categorias jurídicas; (segundo) crítica à dogmática: análise metateórica dos fundamentos da ciência jurídico-penal; e (terceiro) criminologia crítica em sentido estrito: investigação do funcionamento (letal e seletivo) do sistema punitivo. A intersecção entre criminologia e dogmática penal representa a virtude ( e não o vício) desse modelo [...] (Carvalho, 2022, p. 356).

Batista (2022, p. 243) afirma que há uma característica comum no discurso público sobre a questão criminal, seja aquele que vem dos meios de comunicação ou aquele que vem

do poderes oficiais, que é uma fé quase religiosa na pena, de maneira que tudo poderia ser resolvido através dela e, se ainda não foi, é necessário aumentá-la.

Um programa de política criminal possível dentro de um estado democrático de direito, não pode ser reducionista a ponto de considerar a pena privativa de liberdade como único mecanismo para lidar com a criminalidade. Tal reducionismo, na verdade, demonstra uma intencional estratégia de manipulação do sistema penal como mecanismo social.

Havendo, portanto, bem delineado que política criminal é um conceito complexo, resta discutir o papel da criminologia crítica e do garantismo penal dentro desse contexto, para assim estabelecer, dentro da realidade brasileira, qual a possível contribuição desses campos teóricos em um terreno que tem sido favorável à expansão do punitivismo.

#### **4.4 Fragilidades garantistas e criminológicas**

A fim de atingir o objetivo mencionado, é necessário, em uma pesquisa acadêmica, reconhecer os limites teóricos dos campos analisados. Muito se fala em uma política criminal garantista, e também se fala em um papel significativo da criminologia. Se existem campos epistemologicamente diversos, como explicado nos capítulos anteriores, é necessário também considerar os pontos mais frágeis dessas perspectivas segundo alguns autores e verificar se tais críticas, de fato, são pertinentes.

Primeiramente, no que se refere ao Garantismo Penal ou ao direito penal mínimo por excelência, Carvalho (2015, p. 234) aponta que, ainda que Ferrajoli veja no utilitarismo reformado a garantia pela máxima eficácia dos direitos humanos aos sujeitos mais vulneráveis e débeis, o modelo garantista não consegue ultrapassar os limites do normativismo e a ilusão do “bom poder punitivo”. De acordo com o autor, a própria crítica de Ferrajoli demonstra que a ação constante dos sistemas punitivos é marcada pelas violências arbitrárias.

Ocorre que se deve atentar para o fato de que Ferrajoli (2002, p. 278) não acredita nesse “bom poder”, tanto que os critérios apresentados de justificações e deslegitimações ao “quando” e ao “como proibir, punir e julgar” se constituem como garantias justamente contra o arbítrio, os excessos e os erros, aplicando à teoria garantista a tarefa de doutrina axiológica de justificação e, ao mesmo tempo, de deslegitimação dos concretos sistemas penais.

Paulo Queiroz (1999) traça algumas críticas do modelo garantista que podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

A ideia da prevenção geral dos delitos, por meio do direito penal, parte de um pressuposto empírico indemonstrado que o próprio Ferrajoli desconfia, em função das

complexas causas sociais, psicológicas e culturais dos delitos. Assim, ausente a adequação lógica entre penas e prevenção de crimes, encontram-se fragilizadas a certeza e razão pretendidas (Queiroz, 1999).

Quanto à prevenção de reações informais arbitrárias, Queiroz (1999) suscita que tais reações também se constituem como crimes (vinganças, abusos de poder etc), portanto, prevenir crimes e reações arbitrárias seria a mesma coisa. Nesse contexto, se o direito penal não é útil para a prevenção de delitos, é bem improvável que funcione para a segunda tarefa.

Sobre este ponto, a partir da leitura principalmente da obra “Direito e Razão”, o autor deixa perceptível que, ao falar sobre “reações arbitrárias”, sobretudo, refere-se ao entendimento de que a existência de um direito penal garantista serve como limite às reações arbitrárias que podem vir tanto do Estado quanto da sociedade.

A título exemplificativo, ao falar dos abolicionistas e no cenário de alternativas ao direito penal, afirma que o que se teria seriam modelos privados de qualquer garantia contra a prepotência e o arbítrio punitivo. O autor ressalta que o direito penal representa o maior esforço realizado para minimizar e disciplinar o arbítrio e a prepotência punitiva (Ferrajoli, 2002, p. 273-275).

Para Vanzolini (2021, p. 102), a presença de repressão penal não implica a ausência de reações informais arbitrárias, ou seja, estas podem ocorrer a despeito do sistema penal e, inclusive, a pretexto deste, como ocorre com prisões ilegais, tortura, execuções etc.

Ademais, Queiroz (1999) considera que é de conhecimento notório a sistemática violação das garantias do direito e do processo penal, apesar de formalmente consagradas pela realidade operativa do sistema penal. Tal cenário conduz a um direito penal que opera à margem da legalidade e que é arbitrário e seletivo.

Entretanto, tais críticas devem ser olhada com atenção, tendo em vista que desprezam a Lei de Hume, apresentada no capítulo anterior, o que a torna frágil. Eis que, também como já mencionado, Ferrajoli (2002, p. 33-34) reconhece no garantismo um modelo limite, amplamente idealista, porque de fato nunca foi realizado nem nunca será. Entretanto, isso não impede que ele possa ser satisfeito em maior ou menor medida segundo as técnicas legislativas e judiciais adotadas.

Um planejamento de base garantista somente pode ser feito, de acordo com Beiras (2019, p. 37), a partir do próprio questionamento do paradigma, justamente com a finalidade de evitar a falsa impressão de uma fé e crença na pena que, na verdade, representa uma limitação ou desvalorização de direitos fundamentais.

No campo criminológico, durante a década de 80, tem-se o fomento de uma inversão da seletividade penal mediante uma política criminalizadora voltada aos crimes econômicos, algo que Baratta menciona na obra “Criminologia Crítica e crítica ao Direito Penal”, optando pelo sistema penal como estratégia de atingimento da justiça social (Carvalho, 2015, p. 237).

O problema é que isto levou à amplificação de políticas criminais maximalistas, com o surgimento de modelos de hipercriminalização em relação aos crimes econômicos e aos delitos contra os direitos humanos, de maneira geral. Segundo Carvalho (2015, p. 238), nesse contexto, tem-se uma falácia idêntica àquela que era anteriormente objeto de sua crítica.

O próprio Ferrajoli (2002, p. 171) destaca que a análise criminológica do sistema penal, de cunho sociológico, faz parte do ponto de vista externo de legitimação do direito penal. Assim, realiza sua análise pela via de descrições e assertivas que fazem menção a fatos, suscetíveis de verificação ou de falsificação empírica.

Assim, apesar da criminologia ignorar a Lei de Hume, mencionada no capítulo anterior, é quando realiza todas essas críticas e ainda sim propõe um programa de redução de danos que Ferrajoli identifica uma contradição. O autor italiano não nega a existência de um sistema de justiça injusto, racista etc., mas trata da necessidade de uma Constituição no campo do dever ser, o que permite expectativas.

Toda perspectiva teórica vai possuir suas fragilidades. Em regra, elas decorrem da epistemologia eleita pelo autor, que possui um propósito específico, escolha essa que, por via de consequência, vai deixar algumas nuances do lado de fora. Ferrajoli tem razão ao comentar que há contradições dentro do campo criminológico, da mesma forma que a existência de uma pauta fixa de princípios, no garantismo penal, pode ser um problema diante de um caso concreto<sup>83</sup>.

Dessa maneira, não se está a ignorar essas e outras críticas, mas de considerar a possibilidade de uma análise sob uma dupla ótica (criminológica e garantista) do sistema penal. O estabelecimento de uma política criminal compatível com um Estado de Direito requer a existência de um referencial teórico que dialogue com as possibilidades políticas fáticas de execução.

Como coloca Andrade (2012, p. 273)

---

<sup>83</sup> Para Pinho (2013, p. 184) “[...] o garantismo trabalha com uma espécie de lista de princípios (os dez axiomas), formulados *ex ante* e destinados a aplicação posterior, como forma de apontar a ilegitimidade do Direito e das práticas. Com isso, separa compreensão, interpretação e aplicação ocorrendo, não raro, situações concretas que ficam de fora da arquitetura Ferrajoliana”.

O dilema do nosso tempo não é, portanto, a escolha bipolar entre minimalismo e abolicionismo, mas a concorrência absolutamente desleal entre a totalizadora colonização do eficientismo e a aversão ao abolicionismo, mediados pelo pretenso equilíbrio prudente de minimalismos de híbrida identidade. É urgente tomar partido com clareza, mas uma clareza capaz de tocar a vida, porque é vital desemaranhar e agir por dentro dos labirintos estigmatizantes e genocidas do controle penal (Andrade, 2012, p. 273).

Sendo assim, neste ponto, restando claras as tensões entre tais campos e, ao mesmo tempo, os desafios de um sistema penal como brasileiro, chega o momento de buscar um caminho teórico que leve a uma prática menos violenta possível.

#### **4.5 Diálogos entre a Criminologia Crítica e o Garantismo em prol do Estado Democrático brasileiro: Uma agenda positiva pelo desencarceramento a partir de uma crítica criminológica e garantista.**

Pois bem, tem-se duas teorias epistemologicamente incompatíveis. O garantismo do campo do “dever ser”, legitimador do direito penal, e a Criminologia Crítica, aqui com foco em Alessandro Baratta, no campo do “ser”, deslegitimadora do direito penal. Por outro lado, temos um histórico brasileiro de uma política criminal predominantemente favorável ao expansionismo penal.

Outros autores, que serão abordados logo em seguida, já colocaram em pauta a discussão dessa relação tensional entre garantismo e criminologia. Porém, para os fins deste trabalho, busca-se estabelecer alguns eixos principais, cujo debate se mostra mais emergencial, e nos quais Ferrajoli e Baratta possam contribuir.

Apesar das divergências, resta demonstrado que tais teorias buscam a defesa dos direitos humanos e que ambas somente podem prosperar dentro de um Estado Democrático, adotando aqui a perspectiva ferrajoliana mencionada nos capítulos anteriores. Sendo assim, a partir do diagnóstico do sistema penal brasileiro e da demonstração quanto à fragilidade do programa de política criminal em ação, conforme apresentado na exemplificado a partir da realidade do Estado do Pará, é possível determinar quais pontos merecem maior atenção dentro do estado caótico do sistema penal atual.

Para tanto, é necessária a tomada de consciência, no sentido suscitada por Andrade (2015, p. 296), ao afirmar que o limite do sistema penal é o limite da própria sociedade e, conseqüentemente, não pode ser atribuído unicamente a limitações dogmáticas. Acreditar que a dogmática penal (alheia a uma perspectiva garantista) tem a função de racionalizar o sistema é acreditar em uma ilusão de poder. A autora afirma o seguinte,

O problema, portanto, não está na tentativa de racionalização do “ser” (operacionalização) a partir do “dever ser” (programação), mas nos pressupostos idealizados em que esta tentativa se apoia que, embora a converta numa tentativa análoga à do legendário “Sísifo”, convive com uma onipotência e uma ilusão racionalizadora (Andrade, 2015, p. 306).

Andrade (2015, p. 306) destaca que, em virtude da sobreposição à imagem real do sistema penal, surge uma imagem ideal do Direito Penal que o discurso dogmático tem cumprido exitosamente, com uma função legitimadora e com suas funções declaradas, com uma eficácia simbólica.

A possibilidade, por outro lado, de que no desdobramento desta crise se realize uma transformação da Dogmática Penal e de sua relação funcional com o sistema penal tendente a compensar o pilar dos Direitos Humanos e a interagir com o próprio sistema depende do deslocamento de sua separação à sua aproximação e abertura cognoscitiva para a realidade social; de seu monólogo e isolamento acadêmico à busca do diálogo interdisciplinar; da reprodução à autocrítica e suspensão do dogmatismo na Ciência Penal e da dogmatização à problematização de suas próprias premissas (Andrade, 2015, p. 316).

Diante disto, a autora traz o destaque que se coaduna com a ideia que move esta tese: o caminho para o que ela chama de “ponto de mutação” é a parceria Criminologia-Penalismo crítico, cujo elo reside no desenvolvimento do aspecto crítico da criminologia ao encontro do aspecto garantidor do direito penal dogmático e vice-versa (Andrade, 2015, p. 316). Aqui nesta pesquisa apenas aprimoramos essa afirmativa para que inclua explicitamente o garantismo penal como teoria base.

Andrade (2015, p. 316) fala de um “garantismo crítico<sup>84</sup>” a curto e médio prazo, inserido no horizonte utópico do velho sistema de controle penal. Assim, sugere que as premissas sejam alteradas para se partir da assunção da legitimidade à assunção da perda da legitimidade do sistema e da dogmática penal, bem como do esgotamento do seu discurso e do poder para bloquear a violência ascensional do sistema.

É válido mencionar que não se trata de uma distorção do garantismo, pois, ao contrário de autores que efetivamente se afastaram das pretensões propostas pelo autor italiano, aqui se busca um diálogo a partir do que a teoria original propõe. É manter as proposições do campo do “dever ser”, mas estando em alerta constante que o “ser” é resistente, por diversos fatores, às mudanças que garantem direitos.

---

<sup>84</sup> O termo aqui utilizado não deve ser confundido com o positivismo crítico apresentado por Ferrajoli como aquele contraposto ao positivismo dogmático e apresentado no capítulo anterior.

Lembrando que o próprio autor italiano não constrói sua teoria de maneira alheia à realidade, pois na quarta parte da obra “Direito e razão” trabalha a fenomenologia e as deficiências de garantias a partir da realidade prática do sistema penal italiano ( que possui várias aproximações com a situação brasileira).

Basta lembrar que o próprio Ferrajoli, como mencionado no capítulo anterior, considera que a verdadeira utopia é um sistema plenamente garantista e que a realidade conduz a graus de garantismo. Assim, nesse sentido, Andrade (2015, p. 317) defende a existência de um garantismo crítico e criminologicamente fundado, que orienta as próprias promessas da dogmática penal para a modernidade, repensando-as sobre as contradições do tempo presente.

Possivelmente, esse seja o ponto principal desta discussão: o planejamento de uma política criminal que tem de passar pela reflexão daquilo que é possível ser feito dentro dessas contradições existentes. Não cabe a crítica pela crítica, que não gera apontamentos práticos, e tampouco um planejamento abstrato que se afaste das vulnerabilidades existentes.

Para Andrade (2012, p. 231), o futuro da dogmática penal deve enfrentar dois níveis de discussão. Um nível macro, vinculado à sua conexão funcional com o sistema penal e a conexão deste com o sistema social; e um nível micro, com a sua identidade epistemológica, cultural e ideológica.

Dessa última perspectiva, a possibilidade de que, no desdobramento desta crise, possa haver uma transformação da Dogmática penal e de sua relação funcional com o sistema penal, tendente a compensar o pilar dos direitos humanos a interagir com o próprio sistema e transformá-lo, depende do deslocamento de sua separação (metodológica) à aproximação e à abertura para a realidade social: do seu monólogo e isolamento acadêmico à busca do diálogo interdisciplinar; da reprodução à autocrítica e suspensão do dogmatismo na Ciência Penal; e da dogmatização à problematização de suas próprias premissas. E como a relação da Dogmática com a realidade social é mediada pelo sistema penal no qual se insere, este tríplice deslocamento passa necessariamente pela recepção-projeção dos resultados teóricos-empíricos, sobretudo criminológicos, sobre o real funcionamento do sistema penal. A abertura básica é, em primeiro lugar, abertura para o ingresso da realidade do sistema penal, criminologicamente decodificada (Andrade, 2012, p. 231).

Um garantismo criminologicamente fundamentado seria possível? Para Andrade (2012, p. 233), esse seria o principal elo da instituinte interação criminodogmática, qual seja, desenvolver o aspecto crítico da Criminologia ao encontro do aspecto garantidor do Direito penal dogmático. Trata-se da perspectiva do “cientista extraordinário<sup>85</sup>”, que lida com

---

<sup>85</sup> A autora usa o termo “ciência extraordinária” no sentido kuhneado, como a atividade que se desenvolve quando um paradigma - neste caso o dogmático - começa a dar sinais de crise e até que seja substituído por outro (Andrade, 2012, p. 233).

problemas para os quais o paradigma vigente não oferece meios de solução e exigem um novo paradigma de acordo com o qual seja possível tratá-los e resolvê-los.

Para esta pesquisa, adota-se a perspectiva do garantismo crítico, e não da criminologia garantista, tendo em vista que, logo a frente, serão apresentados os três eixos fundamentais para lidar com o sistema penal brasileiro, cujas propostas vêm de uma base garantista, com entrelaçamentos da proposta de política criminal de Alessandro Baratta.

Isso se dá em virtude da proximidade que o garantismo possui com as previsões, e especialmente os princípios já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que continuamente descumpridos, o que permite uma análise mais plausível de como pode existir uma política mais coerente com o Estado Democrático.

Andrade (2012, p. 234) destaca que é esse garantismo que tem vindo a pensar e a pautar decisões inéditas no sistema penal, produzindo compensação e tensão no ritmo da seletividade estigmatizante da barbárie penal. O garantismo, nesse contexto, permite trazer o sentido de responsabilidade que pesa sobre os operadores de contenção da violência institucional, seja no sentido do derradeiro imperativo humanista e societário de invenção de modelos não violentos de controle social.

Beiras (2019, p. 65), ao trabalhar uma estratégia de política criminal ao desencarceramento, defende o que chama de “garantismo radical”, ou seja, o “[...] o estrito respeito aos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade, aplicando uma orientação similar a toda uma série de situações específicas de encarceramento [...]”.

Mesmo na convicção da impossibilidade estrutural de que na prisão os direitos fundamentais dos presos sejam respeitados, como já foi dito, numa perspectiva política (que não jurídica) de “levar a sério” o respeito aos direitos (Dworkin 1989), pode e deve configurar um cenário de trabalho, de luta, de pesquisa e de estudo que leve para a clássica postura garantista até a raiz que não admite nenhum desvio algum e se orienta pelo princípio do *Taking Rights Seriously* (Beiras, 2019, p. 65).

Duas questões chamam atenção: a primeira é que, assim como o garantismo integral se mostra falho ao desconsiderar diversas premissas ferrajolianas, esse “garantismo radical” também parece ser problemático, pois não mostra no que se diferencia do garantismo penal originalmente apresentado.

O segundo ponto é que pelo conceito acima exposto, nota-se que “garantismo radical” se aproxima mais de um sinônimo do garantismo ostentando pelo autor italiano, pois ainda refere-se a uma sistemática de proteção ao mais débil. Assim, ao final, parece que sempre se está a falar de garantismo penal como sempre apresentado por Ferrajoli.

Avançando, porém, na proposta de Beiras (2019, p. 56), verifica-se que ele utiliza o desenho elaborado por Baratta, as pautas teóricas apresentadas pelo criminólogo, que serão analisadas adiante, com uma base de Ferrajoli em uma de suas reflexões sobre a prisão e a necessidade de minimização de seu uso.

Importante, entretanto, destacar a ressalva feita pelo autor, que inevitavelmente também se aplica a esta pesquisa, qual seja, a de que o “problema da prisão” não será resolvido “na” prisão, mas no exterior dela, na própria sociedade que cria, produz, alimenta e reproduz a prisão (Beiras, 2019, p. 69).

A correta compreensão de política criminal, apresentada anteriormente, deixa bem explícita que, para além de tudo, trata-se de uma espécie de política pública que não pode ser trabalhada isoladamente dos demais aspectos sociais e econômicos daquela sociedade. A própria criminologia crítica possui o grande mérito de expandir a análise dos aspectos do sistema penal ao compreender que os seus atores não pertencem exclusivamente às instituições oficiais.

Assim como Beiras (2019, p. 69), porém, é necessário ressaltar que a tendência atualmente é de um crescimento cada vez maior da instituição da prisão. Portanto, faz-se necessário apontar os caminhos para reverter a situação e saber que tais caminhos podem ser explorados se houver uma vontade profunda de reverter a imagem do presente.

Para Carvalho (2015, p. 236), o ponto de convergência entre teoria garantista, teoria agnóstica<sup>86</sup> e a teoria crítica dos direitos humanos ocorre na construção de discursos sobre os limites da pena, pautado na perspectiva política de redução de danos causados pelas intervenções arbitrárias e desproporcionais.

O autor elege pautas de ações táticas de contração dos poderes das agências de punitividade: a) estratégias de diminuição da dor e de sofrimento causados pela aplicação e execução da sanção penal; b) reconhecimento da pena na esfera política; e c) tutela do polo (processual) débil (réu/condenado) contra qualquer tipo de vingança emotiva e desproporcional (pública ou privada) (Carvalho, 2015, p. 236).

Carvalho (2015, p. 240) busca traçar um projeto político de redução do punitivismo com uma relação entre garantismo, criminologia crítica e teoria agnóstica da pena para

---

<sup>86</sup> Para Zaffaroni, Batista, Alagia et. al (2011, p. 98) uma teoria negativa ou agnóstica da pena é uma construção que vem do fracasso de todas as teorias positivas em torno de funções manifestas. Através da adoção de uma teoria negativa, é possível delimitar o horizonte de direito penal sem que seu recorte provoque a legitimação dos elementos do estado de polícia próprios do poder punitivo. [...] O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. [...] Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la,

apresentar condições de possibilidade de elaboração de pensamento criminológico latino-americano atento às especificidades da margem.

Porém, apresenta o alerta que deve-se ficar atento às virtudes, aos limites e às armadilhas da utilização do sistema penal para a tutela e para a luta pela efetivação dos direitos humanos. O estudioso ressalta que cabe aos movimentos sociais e coletivos organizados estarem atentos às armadilhas decorrentes da demanda pela intervenção penal (Carvalho, 2015, p. 240).

Khaled Jr. (2021, p. 39) afirma que a ilegitimidade do controle penal na América Latina é latente, de maneira que em outros contextos geográficos o sistema penal pode ser visto como aparelho garantidor e cumpridor dos fins que lhe são designados. Aqui é inegável que o poder punitivo distingue-se pelo fator morte e converte-se em imposição de sofrimento inútil.

O autor faz uma análise pertinente ao contextualizar o garantismo, nascida em uma realidade europeia, fato que não se pode ignorar, mas com um cenário latino-americano. Segundo o estudioso, é necessária a recusa às idealizações centrais como princípio metodológico inegociável (Khaled Jr., 2021, p. 40).

A percepção que deve estar clara a essa altura é a seguinte: os parâmetros de validade que endossam ou rejeitam um corpo de pensamento não são isentos, mas históricos e politicamente contextualizados. Quer queiram ou não, necessariamente servem a projetos e os projetos servem a atores. A escolha das diretrizes teóricas que irão pautar nossas atitudes nunca é imparcial e a história nos demonstra que a imposição transcultural de narrativas penais e criminológicas em nossa realidade periférica frequentemente cuidou de legitimar projetos elitistas de poder com o beneplácito dos atores jurídicos à época (Khaled Jr, 2021, p. 41).

Diante de todos os problemas existentes em sistemas penais latino-americanos, como narrado no primeiro capítulo desta pesquisa, Khaled Jr (2021, p. 42) afirma que se mostra necessário transcender parâmetros de validade que são estabelecidos a modelos teóricos em nome das necessidades periféricas ainda que “[...] o preço a pagar seja a acusação de estar advogando por um sistema de pensamento incompleto, fragmentado ou mesmo incoerente[...]”. Segundo o autor:

[...] para os indexadores de qualidade acadêmica dos países centrais, mais vale a abstrata harmonia entre as categorias de análise criadas por um determinado saber jurídico do que seu potencial de diálogo com a realidade concreta que pretende normatizar. Por óbvio, aceitar essa premissa não contribui para a realização do projeto constitucional de justiça social. Uma vez mais, a utopia emancipatória torna-se um engodo regulatório (Khaled Jr, 2021, p. 42).

O pressuposto desta pesquisa perpassa, parcialmente, por essa mesma análise realizada pelo autor, pois para isso entende-se como essencial a consciência de que cada teoria possui seus limites e é importante que eles sejam expostos e respeitados. Não à toa foram dedicados dois capítulos a apresentar as características e a epistemologia da criminologia crítica de Alessandro Baratta e do garantismo penal.

Ainda assim, extrair dos dois autores propostas factíveis e compatíveis com a realidade brasileira, como bem apontou principalmente Andrade, é algo possível. Evidentemente, não será por meio do sistema penal que os problemas sociais vão ser resolvidos, pois é inegável que ele acaba sendo um utilizado como instrumento de manutenção de tais problemas. Porém, verifica-se a necessidade de uma política criminal garantista e crítica que possa tornar esse sistema menos sofrível e com uma justificativa coerente.

No primeiro capítulo, restou demonstrado que problemas como raça e classe são historicamente definidores da clientela desse sistema. Foi abordado que há um perfil predominante na massa carcerária que permanece, mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, e que a forma com que o direito penal é legislado é permeada de interesses secundários que colaboram com o estado inconstitucional cíclico desse sistema.

Mais uma vez, não há solução mágica; se classe, raça e gênero impactam negativamente o sistema carcerário, isso é um reflexo de comportamentos que permeiam a sociedade. Porém, um passo importante é definir eixos estratégicos, compatíveis com as principais problemáticas diagnosticadas e que possam servir como direcionamento para o estabelecimento de política criminal democrática.

Sales (2022, p. 282) afirma que ainda que o garantismo seja uma teoria legitimadora do poder punitivo, é aquela que de modo mais específico oferece diretrizes epistemológicas para a minimização da violência estatal, a maximização da liberdade individual, implementação de direitos sociais etc.

Contrapor essa teoria às práticas autoritárias é oferecer uma possibilidade de diálogo crítico em busca de uma ruptura para a construção de uma tradição assentada em bases democráticas (Sales, 2022, p. 282). Assim, tem-se um ponto de partida.

Para Zaffaroni (2001, p. 187), por construção deve-se entender:

[...] por “construção”, entendermos uma ideologia coerente, um conjunto de limites e de pautas que possam ser compreendidos de maneira não contraditória e um caminho de acesso para a realidade como controle permanente do acerto decisório. Se, por “construção”, entendermos um modelo “fechado”, detalhado, preciosista, imutável, ou quase isso, capaz de responder a todas as perguntas “aqui e agora”, essa

“construção” obviamente só poderá ser realizada por um idealismo que, quanto mais solipsista, mais será capaz de alcançá-la.

Assim, para o autor, uma construção realista sempre apresenta uma quota de incerteza inerente à sua conexão com o mundo, onde tudo está em permanente evolução. O autor considera que é possível recorrer a elementos metajurídicos, através da construção de um discurso jurídico penal que realize os objetivos assinalados ao interpretar a lei com elementos positivados, tais como a Constituição, os Tratados Internacionais e a lei (Zaffaroni, 2001, p. 187).

O criminólogo ainda ressalta que se faz necessário que o exercício do poder dos juristas deve assumir uma posição de contradição dentro do conjunto de agências do sistema penal, reduzindo sua violência. Por tal razão, entende que o discurso jurídico-penal não pode ser “pronto”, mas sim inacabado, aberto às contingências que a dinâmica do poder venha a lhe abrir, de maneira a oferecer oportunidades de redução da violência (Zaffaroni, 2001, p. 198).

É sempre necessário lembrar que mesmo Ferrajoli (2002, p. 277) reconhece o papel insubstituível de uma criminologia crítica em razão da análise empírica realizada nos concretos ordenamentos penais - das suas leis e das suas praxes - como base das suas justificações ou mesmo das suas deslegitimações.

Assim como Baratta, portanto, é possível enxergar em Zaffaroni a mesma preocupação de Ferrajoli de encontrar uma resposta que contribua para diminuir a violência atual (Zaffaroni, 2001, p. 155).

#### **4.6 Os Direitos Humanos como ponto central**

Para Baratta (1997), o direito penal da Constituição encontra-se hoje na mesma condição do direito penal dos iluministas, ou seja, tem a tarefa de delimitar e regular a pena. Para que isso seja possível, o autor afirma que é necessário encontrar uma autêntica e forte dimensão política desse direito, de maneira que ele se torne parte constitutiva de uma política integral de proteção aos direitos. O criminólogo afirma que:

O direito penal mínimo é, ao mesmo tempo, o direito penal da Constituição. Isto representa o espaço residual que resta para a intervenção punitiva dentro da política integral de proteção aos direitos, quando esta intervenção se considera inevitável para reagir perante gravíssimas violações de direitos fundamentais. Enquanto direito penal da Constituição, o direito penal mínimo é uma contínua vigilante e imaginativa obra de controle do sistema penal e de todos os mecanismos institucionais e sociais de criminalização, de reforma legislativa, processual, penitenciária e policiais; uma obra que se destina a realizar os princípios constitucionais em matéria penal e que se conforma aos resultados das mais

avançadas pesquisas sobre a análise crítica do sistema penal e sobre as estratégias integradas de proteção aos direitos. Uma obra que também visa proteger, no nível central, as experiências e os programas dos sujeitos coletivos que operam nas esferas locais (Baratta, 1997).

Assim, Baratta (1997) entende que o garantismo não deve ser visto apenas como um limite do sistema punitivo, mas também como resposta de segurança de todos os direitos, inclusive os de prestação por parte do Estado. Tem-se a concordância do autor com um dos aspectos principais da teoria ferrajoliana de que ela não se limita ao campo penal, mas é muito mais abrangente que isto.

Na obra “Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal” (1999), o autor indica quatro estratégias para a elaboração de uma política criminal das “classes subalternas”. Em síntese, são elas: a) a distinção programática entre política penal e política criminal; b) o confronto da criminalidade econômica e processo de despenalização; c) a análise realista e radical das funções efetivamente exercidas pelo cárcere; e d) a consideração da opinião pública.

A política criminal alternativa, brevemente apresentada anteriormente nesta pesquisa, e sendo alvo de críticas, foi sendo, ao longo do tempo, aprimorada pelo autor. Em relatório encaminhado ao Colóquio da Seção Nacional Espanhola, da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em Madrid e Plasencia em 1977, Baratta reitera as quatro indicações teóricas mencionadas acima e afirma que delas se depreendem os princípios orientadores de uma política criminal alternativa.

Posteriormente, o criminólogo parte do conceito de direitos humanos<sup>87</sup> para apresentar o que ele chama de “uma articulação programática da ideia da mínima intervenção penal como ideia-guia para uma política penal a curto e médio prazo” (Baratta, 1987 ).

Castro afirma que Baratta, ao final de sua vida, pode ser definido como um criminólogo dos Direitos Humanos, pois:

*Lo demuestra que sea elemento de su propuesta para encontrar un “referente material del delito”, no sólo la identificación de las necesidades reales fundamentales, - de acuerdo a los bienes disponibles en un momento histórico determinado, en una comunicación que, para ser intersubjetiva, como reitera en forma habermasiana, debe ser libre de poder -; sino también la condición de que “la emancipación de unos implique la emancipación de los demás (Castro, 2010, p. 375).*

---

<sup>87</sup> O conceito de direitos humanos assume, nesse caso, uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal#. Um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece, em ambas funções, o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui o momento prioritário de uma política alternativa do controle social (Baratta, 1987).

Segundo a autora, tudo se resume na frase “todos os direitos humanos para todos”, uma resposta totalmente antiautoritária. Assim, Baratta passa da questão criminal, para a questão humana (Castro, 2010, p. 375).

Para Castro (2010, p. 376), ainda que o criminólogo reconheça que o sistema penal não é o mais adequado para a defesa dos direitos humanos, afirma que só a violação dos direitos humanos fundamentais pode ser objeto de proteção penal. Com este fundamento, Baratta baseia seu direito penal mínimo a partir do pensamento garantista de Ferrajoli, realizando uma reavaliação das contribuições liberais de contenção e limitação do poder.

*Esto se conjuga con el estilo antiautoritario presente en su vocación por las alternativas a la pena, Ferrajoli la respuesta retributiva; en su afirmación de la necesidad de priorizar el control proactivo (Prevención) antes que el reactivo; en su llamado a acentuar la primacía de la víctima en el proceso penal; en su aseveración de que hay que prescindir metodológicamente de los conceptos de delito Ferrajoli pena, para mejor enfocar los orígenes del conflicto en busca de solución es mejores que la pena (lo que constituye su aceptación de algunos postulados de Hulsman, como residuo de sus discusiones sobre la abolición del Sistema Penal) (Castro, 2010, p. 376).*

O conceito de direitos humanos, nesse contexto, teria uma dupla função: primeiramente, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal; em segundo lugar, uma função positiva em relação à definição do objeto possível, mas não necessário, da tutela por meio do direito penal. Ou seja, a violação dos direitos humanos seria o núcleo do criminalizável (Castro; Codino, 2017, p. 402).

Para o criminólogo, o conceito de direitos humanos, na dupla função assinada, é o fundamento mais adequado para a estratégia da mínima intervenção penal e para a sua articulação programática no quadro de uma política alternativa do controle social (Castro; Codino, 2017, p. 402).

Assim, é possível dizer que essa criminologia, e também Baratta, assume a crítica ao poder. Em um primeiro momento, isso se dá a partir de uma crítica esquematicamente marxista, e posteriormente alinhada com pinceladas pós-modernas, frankfurtianas e garantistas, que enfocam a crítica cultural (Castro, 2010, p. 369).

São essas características que tornam palpável a discussão entre criminologia crítica de Baratta e o garantismo penal, tendo como foco o estabelecimento de diretrizes que buscam o funcionamento de um sistema penal que funcione como mecanismo de limitação do poder e de arbitrariedades, em prol da proteção do mais débil.

Castro e Codino (2017, p. 416) afirmam que os Direitos Humanos têm sido propostos como limite e como objeto do direito penal. Nesses termos, são o limite da intervenção

punitiva do Estado, de maneira que, o Direito Penal não está legitimado se não contribui para diminuir a violência punitiva. Os Direitos Humanos, são, portanto, o limite e devem ser o conteúdo da própria criminologia.

O garantismo e a criminologia se encontram como teorias que funcionam como mecanismos de deslegitimação do sistema penal ao ter como parâmetro a garantia da proteção dos direitos fundamentais de quem quer que seja submetido a esse sistema. Em tais termos, torna-se possível trabalhar em prol de um processo de desencarceramento, estabelecendo eixos fundamentais para tal.

A análise que segue se refere aos requisitos mínimos de respeito aos direitos humanos na lei penal. O exame dos critérios correspondentes ao respeito dos direitos humanos no marco do processo penal e da execução da pena excede os limites deste trabalho; referir-me-ei a esses dois subsistemas da justiça penal somente à medida que sejam dispensáveis para a enunciação dos princípios de uma política de menor intervenção a nível da criminalização primária.

Os princípios que se articulam na esfera da lei e a idéia da mínima intervenção penal e agrupam, antes de tudo, em duas categorias que dependem da adoção de um ponto de vista interno ou de um ponto de vista externo ao direito penal. O ponto de vista interno dá lugar aos princípios intrassistemáticos que indicam os requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delitivas na lei. O ponto de vista externo dá lugar aos princípios extrassistemáticos que se referem, em troca, a critérios políticos e metodológicos para a descriminalização e para a construção dos conflitos e dos problemas sociais, em uma forma alternativa a que oferece o sistema penal (Baratta, 1987).

Assim, Baratta (1987) apresenta o grupo de princípios intrassistemáticos (limitação formal, limitação funcional e limitação pessoal ou limitação da responsabilidade penal) e os princípios extrassistemáticos (descriminalização e princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais).

Os eixos estabelecidos abaixo são justificados a partir dos principais problemas do sistema penal brasileiro. Conforme exposto no primeiro capítulo e reiterado com a análise do programa de política criminal do Estado do Pará, é possível afirmar que há três eixos principais que tornam o sistema brasileiro tão violador de Direitos Humanos. São eles: as prisões preventivas; o processo de criação/alteração de leis penais e a execução da pena.

Como posto anteriormente, há um histórico problema de super encarceramento que não é exclusivo do Brasil. Porém, aqui é notável que há um número expressivo de pessoas presas sem uma condenação definitiva, de maneira que, ainda que mecanismos como a audiência de custódias sejam cada vez mais fomentados, ainda se tem um alto número de pessoas encarceradas nessas condições.

No mesmo sentido, tendo como parâmetro a Constituição de 1988, verifica-se de lá até os dias atuais uma constante criação de novos tipos penais ou alterações, em geral mais

gravosas, de mecanismos previstos nas legislações que versam sobre matéria penal sem que se tenha uma preocupação prática com as leis que já existem e com o impacto que tais mudanças geram no sistema carcerário.

Por fim, a fase de execução penal necessita ser analisada à luz do caos carcerário que ainda predomina no país. A Lei 7210/84, que versa sobre esse momento de direitos e deveres do preso, é dominada pelo *bis in idem* nas punições pelas faltas disciplinares e se mostra pouco efetiva como mecanismo de proteção de direitos dos presos, especialmente em razão de recentes alterações legislativas.

Estabelecidos tais eixos, torna-se possível e mais palpável verificar como um garantismo poderia contribuir.

#### **4.7 O nó do sistema carcerário brasileiro: as prisões preventivas**

##### 4.7.1 O conflito com a presunção de inocência

Ferrajoli (2002, p. 619) é um autor extremamente crítico no que tange ao encarceramento preventivo e afirma que esse tornou-se o sinal mais vistoso da crise da jurisdição, da tendência a tornar mais administrativo o processo penal e, sobretudo, da sua degeneração no sentido diretamente punitivo. Para o filósofo, a prisão imposta antes da condenação é tanto ilegítima quanto inadmissível.

*Yo pienso, por el contrario, que la misma admisión en principio de la prisión ante iudicium, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo sólo sobre la base de un juicio. Por otra parte, todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia, al ser percibido como un acto de fuerza Ferrajoli de arbitrio. No existe, en efecto, ninguna resolución judicial Ferrajoli tal vez ningún acto de poder ~úblico que suscite tanto miedo e inseguridad Ferrajoli socave tanto la confianza en el derecho como el encarcelamiento de un ciudadano sin proceso, en ocasiones durante años. Es un mísero paralogismo decir que la cárcel preventiva no contradice el principio nulla poena sine iudicio -es decir, la jurisdiccionalidad en el sentido más lato- porque no es una pena sino otra cosa: medida cautelar, procesal o en todo caso no penal. Con parecidos fraudes de etiquetas, como veremos en la parte cuarta, se ha disuelto -en el nuestro como en otros ordenamientos- la función de tutela del derecho penal Ferrajoli el papel mismo de la pena como medida punitiva exclusiva, alternativa a otras seguramente más eficaces pero no tan garantistas (Ferrajoli, 1995, p. 555-556).*

Ferrajoli (2002, p. 446) questiona se a prisão preventiva é de fato uma “injustiça necessária” ou apenas produto de uma concepção inquisitória de processo. Para o autor

italiano, há uma manifesta incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência e a finalidade de prevenção e de defesa social.

Quanto a outras finalidades usualmente atribuídas, quais sejam, o perigo de deterioração das provas e o perigo de fuga do acusado, o filósofo reconhece a existência de objetivos estritamente cautelares e processuais. Para a preservação de provas, ele sugere, portanto, uma espécie de condução coercitiva do imputado à presença do juiz, bem como sua detenção durante o tempo estritamente necessário (horas ou no máximo dias) para interrogá-lo em uma audiência preliminar ou incidente probatório e talvez realizar as primeiras averiguações sobre suas justificativas (Ferrajoli, 2002, p. 446-447).

A crítica do autor sobre a incompatibilidade do instituto com as duas primeiras finalidades atribuídas são extremamente pertinentes, especialmente diante de um sistema jurídico como um brasileiro, que tem altos índices de prisão cautelar. No que diz respeito ao caráter eminente processual da motivação, porém, é perceptível que a preocupação principal do autor é com o prolongamento dessa custódia.

Ferrajoli (2002, p. 447) afirma que, excluída a função de conservação das provas, o prolongamento da detenção não pode ter outro efeito que o de colocar o imputado numa condição de submissão, de colocar obstáculos à sua defesa, de induzi-lo eventualmente à confissão e até mesmo permitir que outros sujeitos deteriorem as provas.

O Brasil, em sua história recente, através da operação Lava Jato, teve uma das demonstrações mais significativas do uso da prisão preventiva em completo desvirtuamento cautelar e com uma finalidade de coação para a obtenção de supostas informações, em uma utilização arbitrária de instrumentos de negociação processual como os acordos e delações premiadas.

O autor italiano inclusive destaca que o uso do cárcere preventivo para constranger o imputado a confessar ou colaborar, ou seja, como meio de intimidação, é tipicamente policialesco. O processo, então, rebaixa-se a uma relação de força com o imputado, induzindo à confissão e à delação pelo termos do cárcere e pela esperança de liberdade (Ferrajoli, 2002, p. 623).

Nesse aspecto de proteção de provas, a sugestão de Ferrajoli se aproxima mais do que se tem na legislação nacional como prisão temporária, regulamentada pela Lei 7960/89, que é aplicável exclusivamente durante a fase de investigações e que possui prazo definido, tendo como seu respaldo basicamente a imprescindibilidade para a colheita de informações preliminares.

De fato, a prisão preventiva tem como um de seus maiores problemas a ausência de prazo legal, lembrando que, como dito no primeiro capítulo, o parágrafo único do artigo 316 do CPP foi alterado com a intenção de se atribuir um prazo de 90 dias para reanálise da custódia com a sua conseqüente ilegalidade, ante a inobservância temporal. Entretanto, a interpretação dada pelo STF<sup>88</sup> foi totalmente na contramão da disposição legal, o que comprova a dificuldade que o judiciário tem de impor uma limitação ao uso do instituto.

No que tange ao risco de fuga, Ferrajoli (2002, p. 448) considera que o perigo de fuga é diretamente proporcional à severidade das penas, ou seja, a consequência mais lógica seria de que a mitigação das penas reduziria o perigo de fuga dos imputados, o que favoreceria a supressão da prisão preventiva.

Sobre esse ponto, é possível acrescentar que, a depender da fase processual, a ausência do acusado pode ser considerada como uma extensão de seu direito ao silêncio. Sendo o denunciado citado regularmente e havendo defesa técnica constituída, a exigência da presença do réu em todos os atos processuais se torna descabida, o que, portanto, tira o sentido de falar de uma pessoa foragida.

Esse entendimento já foi estabelecido em 2018 pelo STF<sup>89</sup>, que entendeu pela inconstitucionalidade da condução coercitiva de investigados ou acusados para interrogatório, conforme previa o art. 260 do CPP, por violar a presunção de inocência. No mesmo sentido, o art. 367 do CPP permite o prosseguimento do feito sem a presença do denunciado, sem que isso traga qualquer consequência prejudicial ao acusado.

Dessa maneira, a mera existência de um suposto risco de fuga desponta como um argumento frágil para justificar a prisão cautelar, mesmo que por um ponto de vista diferenciado do que Ferrajoli apresenta. Ainda é necessário demonstrar factualmente o risco concreto do denunciado ao processo como justificativa para medida tão gravosa.

---

<sup>88</sup> Conforme consta no Informativo 1046/2022 do STF “O transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP) não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, conseqüentemente, a concessão de liberdade provisória. Isso porque não houve, por parte da lei, a previsão de automaticidade. O parágrafo único do art. 316 do CPP (1) não dispõe que a prisão preventiva passa a ter 90 dias de duração. Estabelece, tão somente, a necessidade de uma reanálise, que pressupõe a reavaliação da subsistência, ou não, dos requisitos que fundamentaram o decreto prisional” STF. Plenário. ADI 6581/DF e ADI 6582/DF, Rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, julgados em 8/3/2022.

<sup>89</sup> Em votação apertada, 6 a 5, os ministros julgaram inconstitucional a expressão "para interrogatório", constante do art. 260 do CPP, segundo o qual, em caso de o acusado não atender à intimação para prestar depoimento, a autoridade poderia mandar conduzi-lo à sua presença. Para a maioria dos ministros, nos termos do voto do relator, Gilmar Mendes, o método representa restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade (STF, 2018).

O que se percebe, portanto, é que Ferrajoli (2002, p. 449) é extremamente crítico ao instituto, porém reconhece a dificuldade de abolição desse tipo de prisão, afirmando que isso seria mais fácil e plausível quanto mais aceleradas fossem as fases do processo, com redução dos prazos, o que traria como consequência inclusive um fortalecimento da confiança na magistratura e na certeza do direito.

Porém, o filósofo italiano afirma que um dos argumentos mais utilizados para os defensores da prisão preventiva é o “clamor social” originado pela ideia de que um delinquente ainda não julgado não seja punido imediatamente.

Pero esta idea primordial es precisamente una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables. Una idea ésta exactamente opuesta tanto al sentimiento asimismo común de la justicia, a que antes me he referido, Ferrajoli que resulta ofendido por la privación de libertad de una persona sin pruebas, como a los principios de libertad Ferrajoli verdad que hemos reconocido como fuentes de legitimidad de la jurisdicción. Esto quiere decir que las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero sobre todo históricamente cambiantes; Ferrajoli que es responsabilidad intelectual Ferrajoli política de los juristas Ferrajoli de los legisladores defender Ferrajoli consolidar los valores de racionalidad, de tolerancia Ferrajoli de libertad que están en la base de esa conquista de la civilización que es la presunción de inocencia Ferrajoli que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción (Ferrajoli, 1995, p. 561).

Lidando com a existência do instituto, Ferrajoli (2002, p. 624), ao discorrer sobre o ordenamento jurídico italiano, afirma que deve-se limitar ao máximo os pressupostos da medida, reduzindo-se o número de crimes para os quais ela possa ser aplicada ou caso necessária sua aplicação, que suas fundamentações devessem ser unicamente processuais e não de prevenção de perigo de futuros delitos, além disso sujeitos, até a duração da detenção a controles e motivações periódicas de sua persistência.

#### 4.7.2 Direito penal do fato

A proposta Ferrajoliana pode ser harmonizada com os princípios apresentados por Baratta (1987) como necessários para a configuração de um direito penal mínimo. Quando se fala em prisões cautelares, o destaque inicial vai para o que ele chama de “Princípio da responsabilidade pelo fato”, que se constitui no enunciado que defende o afastamento de um direito penal do autor, mantendo-se o direito penal do ato.

O criminólogo estabelece que nenhuma consequência penal, em sentido estrito, assim como “[...] nenhuma medida que implique internação coativa, pode derivar-se, em substituição ou em concorrência com a realização de uma figura delitiva, da periculosidade social de um sujeito” (Baratta, 1987).

Como colocam Pinho e Albuquerque (2017, p. 111), o direito penal não pode punir ninguém por ser diferente ou por não se enquadrar num determinado modelo de ser humano ditado por uma qualquer maioria. Assim, a responsabilidade criminal deve ser determinada pelo ato praticado, jamais pela qualidade de quem o praticou.

Em uma estratégia que se debruce sobre as prisões cautelares, é importante também considerar o princípio da responsabilidade pelo fato (Baratta, 1987), ou seja, o afastamento de toda forma de direito penal do autor, de modo que nenhuma medida que implique internação coativa pode derivar-se, em substituição ou em concorrência com a realização de uma figura delitiva, da periculosidade social de um sujeito.

Tal enunciado, e corroborando a análise garantista, possui uma perspectiva bastante atual, quando se pensa nas recentes modificações no nível argumentativo de decisões judiciais de decretação de prisões cautelares. Como apresentado no primeiro capítulo desta pesquisa, a Lei 13.964/19, em seu art. 315, §1 do CPP, trouxe uma espécie de constrição ao determinar o que não se considera como fundamento apto a legitimar uma decisão judicial.

Trata-se de uma nova estratégia para a redução de decretação de prisões cautelares desnecessárias, pautadas em uma gravidade abstrata do crime ou no direito penal do autor, que se une ao objetivo das audiências de custódia e ao rol amplo de cautelares diversas da prisão existente no Código de Processo Penal.

Beiras (2019, p. 89) afirma que normas claras com característica de lei devem promover o caráter verdadeiramente excepcional do emprego da prisão preventiva, com máximo respeito ao princípio da presunção de inocência. O autor ressalta ainda a necessidade de um olhar crítico acerca do tipo de população que normalmente é destinatária de tal medida e que pertence aos estratos sócio-econômicos mais desfavorecidos da sociedade.

Baratta (1987) também elege princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e problemas sociais como forma de redução do campo de atuação do sistema penal. Tal estratégia perpassa pela descriminalização de determinadas figuras delitivas, pela reapropriação dos conflitos com uso de acordos ou formas de reconciliação e pela adoção de métodos de controle preventivo.

A descriminalização ainda é algo pontual no ordenamento jurídico penal brasileiro. Na verdade, são poucos os tipos penais efetivamente revogados, em contrapartida, ocorre quase que anualmente a criação de novas leis criminalizadoras.

A medida mais tem sido o julgamento pela inconstitucionalidade do crime de uso pessoal de entorpecentes<sup>90</sup> (art. 28 da Lei 11343/06). Não é possível falar em *abolitio criminis* propriamente dita, uma vez que a análise recai pela constitucionalidade do tipo. Entretanto, o processo, que tramita desde 2011, é extremamente importante no que tange aos efeitos práticos ao sistema penal.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo desta pesquisa, o tráfico de drogas é um dos crimes que mais encarcera homens e mulheres no país. A atual legislação sobre o tema, vigente de 2006, mostra-se como um instrumento hábil para a realização de prisões e condenações desproporcionais (basta lembrar que o art. 33 da Lei 11343/06 possui 18 verbos nucleares).

O que se percebe é que a complexidade do tema do tráfico de entorpecentes (que envolve a discussão sobre a diferença do traficante e do usuário; a influência de aspectos sociais; e o papel da saúde pública) é usualmente deixada de lado pelo Poder Judiciário, o que colabora com a manutenção dos altos índices de encarceramento no país.

Zaffaroni (2001, p. 280) identifica que uma das características dos sistemas penais latino-americanos é a frequência com que situações-limite, que necessitam de um maior grau de aprofundamento, chegam ao sistema jurídico, mas por ele não são abordadas e os juristas agem como se elas não existissem.

Crimes contra o patrimônio, especificamente roubo e furto, e o uso/venda de entorpecentes são tipos de delitos que expressam muito bem o apontamento do autor, pois usualmente são a representação de problemas sociais mais gravosos e complexos, porém são costumeiramente ignorados<sup>91</sup> pelos agentes do judiciário.

---

<sup>90</sup> Até o início de janeiro de 2024, o STF não havia retomado o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral (Tema 506), que discute a descriminalização do porte de drogas para uso próprio. Até o momento, há cinco votos pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de maconha para consumo próprio e um voto que considera válida a previsão do artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006). O pedido de vistas do Ministro André Mendonça suspendeu o julgamento. (STF, online)

<sup>91</sup> A título exemplificativo, em junho de 2023, foi noticiado que um homem negro foi amarrado pelos pés e mãos com uma corda por policiais militares, em virtude de ter, supostamente, furtado chocolates em um Mercado em São Paulo. O fato foi registrado em vídeo, o que gerou, inclusive, uma nota de repúdio da própria PM quanto a conduta dos policiais. Em audiência de custódia, porém, a juíza responsável não encontrou elementos que configurassem tortura ou maus tratos ou descumprimento aos direitos do preso. A magistrada ainda converteu a prisão em flagrante pelo furto em preventiva, sob o argumento de que o suspeito estaria em regime aberto pelo crime de roubo e que “Quebrou a confiança que lhe depositada pela Justiça Criminal, considerando que se encontrava no regime aberto cumprimento de pena, situação em que deveria ficar longe de quaisquer problemas

### 4.7.3 O preso preventivo e o Judiciário

Para Baratta (1990), se o número de presos cautelares é tão expressivo, não faz sentido a exclusão deles de programas de reintegração social. O tratamento do preso, segundo o autor, dentro do cárcere deveria ser pautado com base nas necessidades e demandas, e não em uma “grande divisão” por status jurídico.

Sobre este ponto é necessário um esclarecimento; o termo “reintegração social”, utilizado por Baratta, não possui a mesma conotação de “ressocialização”. Aqui o autor se refere ao conceito sociológico no seguinte sentido:

Não se pode conseguir a reintegração social do sentenciado através do cumprimento da pena, entretanto se deve buscá-la apesar dela; ou seja, tornando menor precárias as condições de vida no cárcere, condições essas que dificultam o alcance dessa reintegração. [...]

Nenhuma prisão é boa e útil o suficiente para essa finalidade, mas existem algumas piores do que outras. Estou me referindo a um trabalho de diferenciação valorativa que parece importante para individualizar políticas de reformas que tornem menos prejudiciais essas instituições à vida futura do sentenciado. Qualquer iniciativa que torne menos dolorosas e danosas à vida na prisão, ainda que ela seja para guardar o preso, deve ser encarada com seriedade quando for realmente inspirada no interesse pelos direitos e destino das pessoas detidas e provenha de uma mudança radical e humanista e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções são as de legitimar através de quaisquer melhoras o conjunto do sistema prisional (Baratta, 1990).

Acerca da ressocialização, o criminólogo é enfático ao afirmar que “não só não existem chances de sucesso, como sequer legitimidade jurídica para um trabalho de tratamento de ressocialização, se pensada como dominação do preso”. Assim, o que o autor defende, na verdade, é que a prisão, quando necessária, respeite os direitos básicos dos encarcerados, mas que também proporcione, durante o período em que precisam estar ali, instrução, inclusive profissional, e assistência médica e psicológica (Baratta, 1990).

Nesses termos, o que Baratta defende é que toda a população carcerária tenha esses direitos observados, incluindo, portanto, condenados e presos detidos à espera do julgamento. Tal ressalva é essencial, pois Ferrajoli (1995, p. 223) é enfático ao afirmar que o Estado não tem direito de alterar a personalidade dos réus através da “reeducação, recuperação, ressocialização ou outras ideias semelhantes”.

---

com a lei. Em vez de aproveitar a oportunidade de se manter em liberdade, foi detido em flagrante pelo cometimento de crime” (SIMONATO, 2023).

*Las penas, conseqüentemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales, sino que deben consistir en sanciones taxativamente predeterminadas Ferrajoli no agravables con tratamientos diferenciados Ferrajoli personalizados de tipo ético o terapéutico (Ferrajoli, 1995, p. 223-224).*

Na verdade, o que se propõe aqui é uma complementação de ideias, pois a proposta de Baratta não necessariamente diverge da crítica Ferrajoliana à ressocialização<sup>92</sup>. Ambos se posicionam pelo insucesso do discurso de “recuperação” do custodiado através da pena ou prisão, porém deve-se considerar que, existindo o instituto do cárcere, o preso, seja definitivo ou provisório, deve ter seus direitos garantidos, devendo usufruir da assistência do Estado, visto que apenas sua liberdade é que deve ser privada.

Por fim, é necessário considerar algo ressaltado por Ferrajoli (2004, p. 26), que é o papel do juiz em um contexto garantista que não possui o viés positivista de mera sujeição à letra da lei, qualquer que seja seu significado, mas sim sujeição à lei enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição.

*De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales Ferrajoli con los derechos fundamentales establecidos por las mismas (Ferrajoli, 2004, p. 26).*

Compreender o papel do juiz como de garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos está como um dos principais fundamentos da legitimação da jurisdição e da independência do poder judicial frente aos demais poderes, especialmente em razão de que legislativo e executivo são poderes que expressam a maioria. Os direitos fundamentais, sobre os quais se assenta a democracia, estão garantidos a todos de maneira incondicionada, inclusive contra a vontade da maioria, e servem para fundamentar a sujeição à lei (Ferrajoli, 2004, p. 26).

Dado o apelo que uma decretação de prisão preventiva possui na sociedade, deve-se exigir do juiz um comprometimento ainda maior com a obediência aos direitos fundamentais, de maneira que na análise da medida deve-se afastar clamores populares ou impulsos sensacionalistas e respeitar os direitos do indivíduo submetido a um processo pelo Estado.

Assim, ainda que o filósofo italiano seja contra a existência do cárcere preventivo, com argumentos que são coerentes principalmente em relação ao princípio da presunção de

<sup>92</sup> Para Ferrajoli (1995, p. 272; 397), a única coisa que se pode esperar da pena é que, referenciando Francisco Carrara, “não perverta o réu”, ou seja, não reedue, nem tampouco desedue; que não tenha uma função corretiva, nem tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, nem pior. Segundo o autor italiano, tais finalidades violam o princípio da liberdade e da autonomia da consciência.

inocência, a partir da teoria garantista torna-se possível fundamentar a necessidade de uma maior grau de exigência de comprometimento dos magistrados com a ideia, também garantista, de um Estado Democrático.

#### **4.8 A criação e alteração de leis penais: O rigor no processo legislativo**

##### 4.8.1 Garantias penais substanciais

Acerca do processo de criação e/ou alteração de leis penais, conforme demonstrado no primeiro capítulo, o ordenamento jurídico penal brasileiro tem sido uma colcha de retalhos, com a manutenção de um código penal e processual datados da década de 1940 que são modificados, em regra, de interesses de ocasião.

A legislação extravagante de natureza penal segue o mesmo ritmo. A Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Drogas são dois pontos extremamente problemáticos e que são protagonistas no problema do super encarceramento, seja pela quantidade expressiva de pessoas presas sob a égide da Lei de Drogas, seja pelo prolongamento do cárcere dos condenados por crimes hediondos.

Ademais, é usual que crimes de grande repercussão social venham acompanhados de alterações legislativas, normalmente de endurecimento, sendo um mecanismo comumente utilizado, a fim de usar o direito penal simbólico como resposta emergencial para problemas sociais mais complexos ou casos em casos de crimes que, por alguma peculiaridade, geram comoção social.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 297), o problema do *quando* (ou do *que*) *punir* é aparentemente o mais simples de todos os problemas de legitimação do direito penal, pois a resposta está expressa no axioma A1 do sistema SG *nulla poena sine crimine*.

As garantias penais e processuais são essencialmente garantias negativas, orientadas a limitar o poder punitivo para a tutela das liberdades individuais, uma exigência do próprio projeto de um direito penal mínimo, ou seja, de um sistema penal que seja capaz de vincular a intervenção punitiva (tanto no aspecto da previsão legal dos delitos, quanto na sua averiguação judicial) (Ferrajoli, 2018, p. 28).

Assim, no que tange ao delito, Ferrajoli (2018, p. 28) apresenta as garantias penais substanciais que se constituem no princípio da estrita legalidade, na taxatividade dos fatos puníveis, na lesividade, materialidade e culpabilidade.

Segundo o filósofo, tais garantias, em conjunto com as processuais, valem para limitar e minimizar o poder normativo, na medida em que se configuram como técnicas normativas tendentes a vincular a função de comprovação (ou não) do alegado no processo. Acerca das garantias penais, estas podem ser caracterizadas como aquelas que asseguram o mais alto grau da comprovação da verdade jurídica, através da verificabilidade e refutabilidade em abstrato das hipóteses acusatórias (Ferrajoli, 2018, p. 28).

A legalidade, como já dito anteriormente, apresenta-se como mera legalidade, aqui definida pelo autor italiano como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal; e a estrita legalidade como regra metajurídica de formação da linguagem penal, que prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas (Ferrajoli, 2002, p. 305).

En efecto, sólo la ley penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican. Esta es la garantía estructural que diferencia al derecho penal en el estado «de derecho» del derecho penal de los estados simplemente «legales», en los que el legislador es omnipotente Ferrajoli por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley. Ferrajoli es esta diferencia la que marca hoy el criterio de distinción entre garantismo Ferrajoli autoritarismo penal, entre formalismo Ferrajoli sustancialismo jurídico, entre derecho penal mínimo Ferrajoli derecho penal máximo (Ferrajoli, 1995, p. 379).

Esclarece o autor, portanto, que a lei, se exigida em qualquer caso para a configuração do delito em virtude do primeiro princípio, exige, por sua vez, em virtude do segundo, uma técnica legislativa específica para a válida configuração legal dos elementos constitutivos do delito. Ou seja, considerando essas duas versões, na primeira, a lei funciona como condicionante; e na segunda, condicionada (Ferrajoli, 2002, p. 306).

Baratta (1987) apresenta um grupo de sistemas que possui como objetivo a limitação formal do sistema penal. Dentre eles, o primeiro destaque é para o princípio da reserva de lei ou princípio da legalidade em sentido estrito. Diferente de uma abordagem estritamente dogmática, o autor considera que deve-se colocar as chamadas “penas extralegais<sup>93</sup>” sob definições de comportamentos delitivos ou qualquer outra definição possível de ilícito.

<sup>93</sup> Baratta (1987) refere-se ao fenômeno da pena de morte extra judicial, nas torturas, nas desapareções, nas ações ilegais da polícia, dos corpos militares e paramilitares, no excesso da função punitiva à margem da legalidade, como se viu na ditadura fascista na Europa e em países da América Latina.

O objetivo do criminólogo, através deste princípio, é limitar o exercício da função punitiva somente às sanções previstas pela lei como delitos. Baratta (1987) menciona expressamente o postulado garantista colocado acima, *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*, como forma de reforçar que as únicas limitações a direitos fundamentais possíveis são aquelas existentes dentro de um processo penal.

*En efecto, en el estado de derecho tiene un valor teórico general el principio de sujeción no sólo formal sino también sustancial de la ley (ordinaria) a la ley (constitucional), del que resulta la diferente estructura lógica de las implicaciones mediante las cuales hemos formulado el principio de mera Ferrajoli el de estricta legalidad. Esta sujeción sustancial se concreta en as diferentes técnicas garantistas a través de las cuales el legislador Ferrajoli el resto de los poderes públicos son puestos al servicio, mediante prohibiciones u obligaciones impuestas bajo pena de invalidez, de la tutela o satisfacción de los diferentes derechos de la persona (Ferrajoli, 1995, p. 381).*

As concepções de Baratta e Ferrajoli se complementam no que tange ao princípio da legalidade, pois ambos convergem quanto à importância deste em termos de definição das condutas a serem tipificadas. Ferrajoli aprofunda a análise ao fazer referência à estrita legalidade e à mera legalidade, que inclusive é uma das características singulares da teoria garantista, de maneira a incluir em sua análise o princípio, como visto anteriormente, no sistema SG.

Ferrajoli (2018, p. 76) traça uma crítica acerca da desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados. Segundo o autor, a técnica mais difundida tem sido a criação de figuras elásticas e indeterminadas, com termos vagos, no lugar de apresentar pressupostos criminais empiricamente verificáveis.

Sabe-se que o princípio da legalidade é previsto na Constituição Federal de 1988, art. 5º, II, mas a interpretação oferecida pelos autores traz uma visão mais completa da aplicabilidade deste no campo penal. A legalidade é o princípio mais amplo, a partir do qual irradiam-se tantos outros, porém acaba sendo relegada a uma análise apartada da realidade, sem profundidade, o que prejudica desenvolvê-la dentro do campo da política criminal.

Congregando as duas abordagens, portanto, em um primeiro momento é necessário ter bem estabelecido que o direito penal é um dos, senão o campo do direito que mais necessita de uma observância atenta à legalidade, vez que está a se falar de condutas tipificadas em crimes. Assim, a restrição de direitos fundamentais, principalmente a liberdade, só se torna legítima mediante a existência prévia da tipificação, nos termos apresentados.

Ainda sobre o processo legislativo, Baratta (1987) também apresenta o princípio do primado da lei penal substancial, que tem o propósito de assegurar a extensão das garantias

contidas no princípio da legalidade em cada um dos subsistemas que integram o sistema penal: na ação policial, dentro do processo e na execução da pena. Para o autor “[...] a limitação dos direitos dos indivíduos, em cada um dos subsistemas da administração da justiça penal, não pode superar as restrições previstas taxativamente pela lei penal [...]” (Baratta, 1987).

Como consequência as medidas restritivas dos direitos do indivíduo só devem ocorrer quando estritamente necessárias aos fins da correta e segura aplicação da lei penal substancial (Baratta, 1987). Nesse campo, tem-se a importância de uma legislação processual penal adequada a um sistema acusatório, o que deixa explícito os problemas de um Código datado da década de 1940.

#### 4.8.2 O procedimento de alteração/criação de leis penais

Como apontado no primeiro capítulo, houve modificações interessantes no Código de Processo Penal. Aqui, dá-se destaque para o artigo 3º-A, que estabelece o sistema acusatório de maneira expressa, porém a ausência de um processo legislativo mais coerente traz como consequência a coexistência entre dispositivos antagônicos em um mesmo código.

Ferrajoli (2018, p. 31) afirma que a carência de garantias penais leva à inflação legislativa e à indeterminação semântica de tipos delitivos, violando o princípio da estrita legalidade, e a fragilidade das garantias processuais, com a inobservância do sistema acusatório, leva a informações de emergência que desequilibra o processo. Trata-se de uma crise do sistema penal.

Assim, complementando o princípio do primado da lei substancial, Ferrajoli (2018, p. 31) fala da necessidade de uma reserva de código, como mencionado no capítulo anterior, ou seja, o princípio de que nenhuma norma penal ou processual pode ser aprovada senão mediante uma modificação ou uma integração dos códigos, podendo existir até um procedimento específico para tal.

A reserva de código é uma reforma conjunta da legislação penal, fundada em uma depuração da linguagem das leis e baseada nos princípios garantistas da taxatividade e da lesividade, como também um fortalecimento do princípio da legalidade penal. Tem-se, então, algo que vai além da reserva de lei e torna mais complexa e completa qualquer alteração no campo penal (Ferrajoli, 2018, p. 31).

O filósofo italiano afirma que se trata de uma maneira de minimizar e racionalizar o direito penal por meio de uma reforma estrutural que se constitui em uma refundação e

reforço da legalidade penal, ou seja, algo que vai além da usualmente utilizada “reserva de lei”. O autor entende que essa estratégia reforça o princípio da legalidade, o que é essencial para superação da crise de eficiência, de garantias e de legitimação do direito penal (Ferrajoli, 2014, p. 135)

O que essa proposta traz, como dito anteriormente, seria a necessidade de que toda alteração legislativa em âmbito penal deveria ser feita por um procedimento mais criterioso, em semelhança ao existente para emendas constitucionais, e com uma reanálise de como aquela alteração se harmoniza, ou não, com o ordenamento existente. O propósito é evitar justamente o fenômeno que se assiste no cenário brasileiro, conforme comentado anteriormente.

Ainda, há o princípio da resposta não contingente<sup>94</sup>, suscitado por Baratta (1987), com a finalidade de que o procedimento de formação da lei penal decorra de um exaustivo debate parlamentar, acompanhado de uma profunda análise no âmbito dos partidos políticos e de uma ampla discussão pública. O autor, portanto, afirma que essa lei não pode ser uma resposta imediata da natureza administrativa, há necessidade de se analisar se realmente é necessária a resposta penal.

A realidade legislativa brasileira tem se mostrado contrária a esse tipo de direcionamento, como já dito, pois há uma tendência frequente de criação de tipos penais ou alterações penais de ocasião, seja sob o discurso de “combate” a determinados tipos de criminalidade (patrimônio, drogas, corrupção etc.), seja com o fim de “enfrentar o encarceramento” através de leis que, ironicamente, prolongam a vivência dentro do cárcere.

O princípio da idoneidade, também proposto por Baratta (1987), obriga o legislador a realizar um atento estudo dos efeitos socialmente úteis que cabe esperar da pena. Essa análise perpassa por um controle empírico baseado na análise do efeito de normas similares em outros ordenamentos, de normas análogas do mesmo ordenamento e de métodos atendíveis de prognose sociológica.

A adoção desse tipo de princípio se mostra como um caminho de valorização para a produção de pesquisa acadêmica no país, pois há anos pesquisadores brasileiros produzem material sobre os efeitos das normas penais e o problema do encarceramento, porém a influência na perspectiva política é limitada a eventuais audiências públicas.

---

<sup>94</sup> Conforme explicado no item 4.3 deste capítulo tais princípios correspondem ao ponto de vista interno e externo contidos no artigo “Princípios de Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal” (1987)

Ademais, é válido lembrar sobre a importância da transparência e da disponibilidade de dados públicos acerca da criminalidade e do sistema carcerário brasileiro, pois é notável que nos últimos anos houve um processo que tornou mais escassa a disponibilização de informações. Até por volta de 2018, o INFOPEN era um instrumento regularmente disponibilizado que trazia um diagnóstico completo do sistema carcerário, inclusive chegando a ter algumas edições voltadas para uma análise pela perspectiva de gênero.

Recentemente, porém, as informações apresentadas se tornaram genéricas, com poucas atualizações, o que dificulta o planejamento de ações voltadas para esse público e o desenvolvimento de estudos críticos que, na prática, poderiam colaborar com a sistemática da política criminal, nos termos propostos por Baratta.

Cabe uma ressalva sobre o papel da vítima (ou da sociedade) em tais processos, pois, conforme demonstrado anteriormente, o discurso de defesa social é usualmente utilizado como mecanismo para aprovação de leis penais mais rígidas, o que tem colaborado inclusive para produções teóricas que distorcem a proposta garantista<sup>95</sup>.

Para Baratta (1987), deveria ser considerado no processo legislativo o princípio do primado da vítima, que leva em consideração os seus interesses que, segundo o autor, foi praticamente expropriada do processo. O criminólogo considera que é possível agregar a ela uma estratégia de descriminalização ao substituir o direito punitivo pelo direito restitutivo e outorgar às partes maiores prerrogativas.

Para Ferrajoli (2018, p. 36), não há oposição entre a defesa social frente aos delitos e a garantia individual frente ao próprio sistema punitivo.

*Tanto las funciones de defensa social a través de la prevención de los delitos como las garantía individual mediante la prevención de las penas arbitrarias Ferrajoli excesivas sirven para garantizar lo mismo la seguridad que los derechos fundamentales de los perjudicados, que son víctimas de los delitos, Ferrajoli de los imputados, que a su vez, pueden ser víctimas del arbitrio punitivo. En realidad, ambas funciones están conectadas, aunque solo sea porque la primera supone lógicamente la segunda (Ferrajoli, 2018, p. 36).*

Assim, enquanto em Baratta deve haver um resgate do papel da vítima, o que é compreensível, tendo em vista a inegável influência das teorias abolicionistas nas obras do criminólogo, para Ferrajoli não há essa necessidade, uma vez que considera que a justificativa penal encontra-se na tutela de bens fundamentais não garantidos de outro modo.

---

<sup>95</sup> Assunto tratado no capítulo três desta tese.

Nesse ponto, a proposta do criminólogo se aproxima bastante da perspectiva abolicionista de solução de conflitos a partir da restituição da vítima, e, por via de consequência, há discordância em relação ao caminho buscado pelo garantismo.

Para a teoria garantista penal, portanto, a proteção da vítima está associada diretamente a uma correta teoria de bens jurídicos, a partir de uma escala de valores constitucionalmente orientados, lembrando que o filósofo italiano ressalta a prevenção não apenas dos delitos, mas também de reações selvagens e arbitrárias.

Como ressaltam Pinho e Albuquerque (2017, p. 131), em uma visão garantista deve-se estabelecer critérios de uma política criminal compatível com a tutela dos direitos fundamentais, o que implica uma revisão do conceito de bem jurídico, adequando-o à proposta de direito penal mínimo.

Nesses termos, dada a realidade brasileira e o inchaço legislativo existente, verifica-se que o garantismo penal oferece um caminho mais seguro e coerente com o que a Constituição exige, lembrando que a finalidade máxima é sempre a proteção do mais frágil, seja ele quem for. Assim, tem-se uma produção teórica que oferece maior resistência aos discursos de emergência tão usuais nos países latino-americanos.

#### 4.8.3 A tutela de bens jurídicos pela via penal

No mesmo sentido, o autor apresenta o princípio de não-especificação dos conflitos e dos problemas, que toma em consideração o fato de que o sistema penal se mostra como um aglomerado arbitrário de objetos heterogêneos que tem como único elemento em comum a sujeição a respostas punitivas (Baratta, 1987).

De fato é perceptível a ausência de uma teoria qualificada sobre os bens jurídicos que devem ser tutelados pelo direito penal. Atualmente, no ordenamento jurídico penal brasileiro, há uma diversidade absoluta de conflitos ou bens sujeitos à resposta punitiva. Além dos clássicos bens como a vida e patrimônio, tem-se relações de consumo, meio ambiente, honra etc., todos que vêm de situações sociais complexas, mas que recebem o mesmo tratamento, ou seja, sujeitam o autor do crime a um processo que pode ter como consequência a aplicação de uma pena.

Baratta (1987) afirma que, quando o direito penal é afastado da ideia de modelo óbvio de resposta, surgem indicações heurísticas mais frutíferas em termos de respostas diferenciadas e mais adequadas à natureza dos conflitos. A ideia, portanto, é fazer jus ao

princípio constitucional da *ultima ratio* e relegar ao âmbito penal somente os conflitos não solucionáveis por outras vias.

Para Ferrajoli (2018, p. 30) somente um direito penal reconduzido exclusivamente para as funções de tutela de bens primários e direitos fundamentais pode assegurar, junto com a certeza e as demais garantias penais, a própria eficiência da jurisdição contra manifestações cada vez mais poderosas da criminalidade organizada.

Acerca deste assunto, é válido rememorar uma das indicações de política criminal feitas por Baratta ainda em sua obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”. Ao tratar do que chama de quatro indicações estratégicas, brevemente mencionado no segundo capítulo desta pesquisa, o criminólogo afirma a necessidade de se dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica (Baratta, 2011, p. 202).

Não há um aprofundamento maior da proposta, mas o que consta na obra é a defesa de ampliação e reforço da tutela penal em áreas de interesse essencial para a vida dos indivíduos e da comunidade (saúde, segurança, trabalho etc). Nas palavras do autor, “ trata-se, ao mesmo tempo, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos” (Baratta, 2011, p. 202).

Em artigo publicado em 1977, Baratta (1977, p. 16), ao tratar do assunto, faz a ressalva de que é importante evitar uma super valorização da idoneidade do direito penal e que se deve priorizar meios alternativos de controle não menos rigorosos, mas que podem, em muitos casos, ser mais eficazes. É perceptível, mais uma vez, que a análise remete às influências abolicionistas na obra do autor. O criminólogo afirma que se deve evitar uma política panpenalista que poderia levar a uma confirmação da ideologia de defesa social e legitimação do sistema repressivo tradicional.

A compreensão que se tem é que a forma de utilização do direito penal defendida por Baratta, neste ponto em que se aborda a criação/alteração dos tipos penais, é melhor trabalhada nos termos garantistas, por uma razão que, como posto acima, é colocada pelo próprio criminólogo, o risco de, com esse discurso, legitimar uma expansão desenfreada do uso do direito penal e com isso reforçar sua conotação de defesa social.

É necessário lembrar que operações como a “Lava Jato” se valeram desse tipo de discurso para a realização de uma espécie de seletividade invertida, pois um dos lemas da operação foi a sustentação de que o direito penal se aplicaria agora a todos, passando a mensagem que finalmente os “poderosos” seriam alvo e não apenas as pessoas empobrecidas ou excluídas.

Ocorre que, como visto, isto foi utilizado para apenas trazer uma outra forma de seletividade penal e manipular o uso desse direito com desrespeito aos princípios e garantias fundamentais, expondo ou, como diz Vera de Andrade, “deixando nu” todas as problemáticas do sistema penal.

Assim, pensando na realidade posta, a proposta de Ferrajoli se mostra como coerente, pois busca não a expansão do direito penal, mas nas suas garantias (penais e processuais) a independência do poder judicial e na sua função de controle sobre a ilegalidades dos poderes, evitando, assim, o risco de uma política panpenalista.

Defensa social Ferrajoli garantismo, protección de bienes primarios Ferrajoli garantía de los derechos de los imputados, seguridad frente a los delitos Ferrajoli seguridad frente a los castigos arbitrarios se configuran, por ello, como los dos fines, no solamente esenciales, sino conectados entre sí que legitiman la potestad punitiva. El derecho penal mínimo queda entonces caracterizados como la ley del más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el del proceso es el imputado Ferrajoli en el de la pena es el condenado (Ferrajoli, 2018, p.30).

Ferrajoli, portanto, apresenta um caminho mais consistente inclusive para o alcance da criminalidade organizada ou de colarinho branco, que se trata de algo que, deve-se enfatizar, é abordado por Baratta como uma das etapas do que para ele é o direito penal mínimo, mas que também é tratado dentro do garantismo, porém sem o risco de criar um espaço de expansão penal.

Ademais, tratando do campo de definição de tipos penais e da necessidade de um direcionamento que evite a criação/ alteração de leis de emergência, Ferrajoli apresenta uma teoria completa acerca dos bens jurídicos penais. Em sua obra *Principia iuris* (2013) o autor se debruça sobre a questão da linguagem penal, dos sujeitos e dos bens jurídicos em uma obra de fôlego, com a finalidade de criar um método que não tenha espaço para a discricionariedade.

Para os fins desta pesquisa, e dentro do eixo acerca do processo legislativo de normas penais, é interessante mencionar que, para Ferrajoli (2013, p. 370), o conceito de “bem” não diz respeito a “coisa” em uma relação de espécie e gênero. O autor considera que todas as coisas são juridicamente relevantes e que há bens, chamados de bens imateriais, que não são coisas, ao menos no sentido de entidade material e tangível.

Ferrajoli (2013, p. 370) define “bem” como aquele que pode ser objeto de uma situação jurídica. A partir dessa definição básica, o autor constrói uma proposição acerca da definição dos que ele chama de bens fundamentais, algo que ele afirma ser necessário para os fins de uma teoria garantista, porém que costuma ser ignorado pelo lexo jurídico habitual.

Assim, enquanto os bens patrimoniais são objeto de direitos patrimoniais, os bens fundamentais são objeto de direitos fundamentais e, enquanto tais, indisponíveis. Ferrajoli (2013, p. 734) divide os direitos fundamentais primários em “liberdade frente a”, “liberdade de” e “direitos sociais”, o que conseqüentemente leva à classificação dos bens fundamentais em três grandes classes.

São elas: os “bens personalíssimos”, que são objeto de “liberdades frente a”, ou seja, *erga omnes*, sendo utilizáveis e acessíveis unicamente por quem os possui, como partes do corpo humano, cuja tutela corresponde a um interesse individual e personalíssimo; os “bens comuns”, que são objeto de “liberdade de”, ou seja, liberdade-faculdade consistente no direito de todos de alcance e uso, como o clima, ambiente; e os “bens sociais”, que são objeto de “direitos sociais” como a água e alimentação básica, cuja prestação está a cargo da esfera pública (Ferrajoli, 2013, p. 735).

A partir dessa classificação, o autor considera que os bens personalíssimos e os bens comuns são objeto, essencialmente, de direitos individuais negativos, que correspondem, como garantias, aos limites fundamentais especificados pelas proibições *erga omnes* de lesão. Os bens sociais são objetos de direitos positivos, que correspondem às obrigações públicas, igualmente *erga omnes* (Ferrajoli, 2013, p. 735).

*Desde esta perspectiva sería necesario añadir a las cartas constitucionales de derechos fundamentales una Carta constitucional de los bienes fundamentales: de un lado, para estipular los vínculos a la producción Ferrajoli a la distribución de los bienes sociales; de otro lado, Ferrajoli sobre la base de un nuevo «contrato natural» dirigido a la tutela de los bienes personalísimos Ferrajoli de los bienes comunes, para trazar límites rigurosos tanto al mercado como a la política. Proteger un bien como personalísimo o como común quiere decir, en particular, hacerlo indisponible e inviolable, Ferrajoli por tanto sustraerlo al mercado Ferrajoli al arbitrio de las decisiones políticas, incluso de la mayoría. Bajo esta óptica, tales bienes reproducen el paradigma de los derechos fundamentales, siendo equivalentes, al igual que estos últimos, a límites impuestos a todos los poderes en garantía de la integridad de todos Ferrajoli de cada uno; a los poderes propios de la autonomía privada mediante la estipulación de su indisponibilidad, Ferrajoli a los poderes públicos instituidos en el ejercicio de la autonomía política, mediante la estipulación de su inderogabilidad (Ferrajoli, 2013, p. 738).*

Para Pinho e Albuquerque (2017, p. 124), antes de estabelecer critérios de ponderação e valoração quanto às penas, impõe-se identificar que tipos de ataque o Direito Penal está legitimado a reprimir e por que o está. Os autores destacam a função político-criminal do bem jurídico, ou seja, a função de limitar o poder de definição do Estado.

Assim, para que determinado bem tenha relevância penal ele precisa de requisitos mínimos, sendo eles: o status constitucional, ou seja, apenas interesses constitucionalmente garantidos podem ser objeto de proteção jurídico-penal; a necessidade de que a intervenção

se limite às hipóteses em que o bem jurídico sofra dano ou perigo concreto de lesão (de forma grave); e a conscientização de que uma política criminal de tutela de bens jurídicos somente pode funcionar se for subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 123-131).

A fórmula garantista, portanto, para a aplicação da proporcionalidade deriva do valor do bem jurídico (a partir da sua graduação constitucional) e do efetivo dano causado para assim visualizar a quantidade de pena cabível. O interessante aqui é que, como bem exposto anteriormente, ao estudar o conceito de política criminal como espécie de política pública é que não se pode atribuir ao campo penal bens jurídicos os dissociando das obrigações positivas do Estado, uma vez que o campo penal é incapaz de suprir tais demandas (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 132).

Sem pretender esgotar a teoria de bens jurídicos de Ferrajoli, que inclusive vai muito além do campo penal, o que se percebe é a necessidade da observância de um fundamento teórico ao longo desse processo de criação de normas, a fim de evitar a ausência de proporcionalidade e razoabilidade como a que é possível notar no ordenamento jurídico brasileiro.

## **4.9 Os possíveis caminhos para a execução da pena no Brasil**

### **4.9.1 O preso como sujeito de direitos**

No campo da execução penal, Baratta e Ferrajoli têm como ponto em comum, conforme suscitado anteriormente, a crítica ao objetivo de ressocialização. Baratta (1990) defende a necessidade de abertura da prisão à sociedade e, reciprocamente, da sociedade à prisão, pois não se pode segregar pessoas e, ao mesmo tempo, pretender a sua segregação.

Assim, o criminólogo prefere o uso do termo “reintegração social” ao uso das palavras “ressocialização” ou “tratamento”, já que esses pressupõem uma postura passiva do detento e ativa das instituições, algo semelhante ao aplicado durante a criminologia positivista. A concepção de reintegração, por sua vez, significa conceber o próprio papel da sociedade nos problemas e conflitos que são refletidos no sistema carcerário (Baratta, 1990).

A reintegração na sociedade do sentenciado significa, portanto, antes de tudo, corrigir as condições de exclusão social, desses setores, para que conduzi-los a uma vida pós-penitenciária não signifique, simplesmente, como quase sempre acontece, o regresso à reincidência criminal, ou o à marginalização secundária e, a partir daí, uma vez mais, volta à prisão (Baratta, 1990).

Assim, o autor defende o estabelecimento de um programa voltado aos benefícios possíveis de realização dentro do contexto da instituição prisional, através de dez pontos que representam uma alternativa ao modelo posto. Tal programa inicia-se com a proposta de proporcionar uma qualificação profissional e ocupação estável dos ex-presos, bem como de proporcionar ações favoráveis à reintegração dos ex-condenados por meio de programas de formação, eventos culturais e debates públicos que incluem presos e ex-presos (Baratta, 1990).

A Lei de Execução Penal, em seus artigos 10, parágrafo único; art. 25, art. 26 e 27, traz a previsão quanto à assistência que deve ser fornecida pelo Estado ao egresso, porém, pelo disposto no texto legal, isso se limita a uma assistência de orientação e de concessão precária de moradia por curto período de tempo (dois meses), não havendo uma previsão completa que seja mais efetiva para essa reintegração.

Ferrajoli (2018, p. 162) é um grande crítico do cárcere, afirmando que o modelo atual encontra-se em contradição com todos os princípios (legalidade, igualdade e respeito à dignidade humana) sobre os quais se funda o estado de direito. Ressalta o autor que o cárcere tem sido uma instituição produtora das mais diversas aflições que variam de uma prisão para outra e de um preso para outro, o que faz com que se constitua como uma contradição institucional.

*Es una institución creada por la ley, pero que se rige, más que por el gobierno de la ley, por el gobierno de los hombres. Es un lugar confiado al control total del Estado, pero en cuyo interior no rigen controles ni reglas, sino, sobre todo, la ley del más fuerte: la ley de la fuerza pública de los agentes penitenciarios, pero también la fuerza privada de los presos más prepotentes Ferrajoli mejor organizados. Es una institución pública dirigida a la custodia de los ciudadanos, pero que no logra garantizar los derechos fundamentales más elementales, empezando por el derecho a la vida. Genera una vida completamente artificial, producida por el derecho, pero que en su interior, de hecho, reproduce el estado de naturaleza, sin garantías de seguridad; una sociedad en la que resurge el homo homini lupus Ferrajoli donde la máxima seguridad externa se conjuga con la máxima inseguridad interna. Es un aparato coercitivo, máxima expresión del poder del Estado sobre el ciudadano, pero en cuyo interior el Estado mismo está ausente, Ferrajoli no el estado de derecho, sino simplemente el Estado en su acepción hobbesiana, el Estado capaz de asegurar la vida Ferrajoli la integridad personal. Es un lugar de expiación en el cual, en principio, debería realizarse la máxima igualdad frente a la ley Ferrajoli que, en cambio, manifiesta, de hecho, la máxima discriminación clasista, pues está poblado casi exclusivamente por sujetos débiles, social, económica Ferrajoli culturalmente marginados: inmigrantes, drogo dependientes, desempleados e infraempleados (Ferrajoli, 2018, p. 165).*

Ferrajoli (2018, p. 165) entende que a execução da pena carcerária deveria consistir em uma pena igual e taxativamente determinada pela lei como privação do tempo. Pinho e

Albuquerque (2017, p. 102) destacam que os direitos fundamentais são, precisamente, direitos contra a maioria, na medida em que funcionam (ou devem funcionar) como vínculos de proteção de todo e qualquer cidadão contra abusos do Estado ou de particulares.

Vislumbrar os interesses da sociedade, no momento da confecção de tipos penais, deveria ser uma preocupação político-criminal relevante. Exatamente por isso, é de significativa urgência fazer-se uma (re)leitura das normas penais em vigor no Brasil, a partir de uma ótica constitucional que privilegie a dignidade humana. Necessário é rever as disposições penais e refletir até que ponto estão protegendo, de fato, os interesses substanciais de um modelo de Estado que busca a humanização do direito (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 103).

Os autores enfatizam que a relação que se estabelece a partir do direito penal não é entre Estado-assistência e a vítima, mas entre o Estado-penitência e o autor da conduta proibida. Ou seja, trata-se de um campo que se debruça unicamente sobre as obrigações negativas (liberais- deixar de fazer): de um lado, existindo o poder oficial de castigar; e de outro, o direito da pessoa imputada ver respeitada a sua integridade física, liberdade etc. Assim, a certeza é que, nesse contexto, o infrator é a parte mais fraca (Pinho; Albuquerque, 2017, p. 103).

Nesses termos, se o condenado é sujeito de direitos e o cárcere tem se mostrado contraditório e violador das garantias, a proposta ferrajoliana perpassa para uma progressiva superação das prisões, a longo prazo, de maneira a deixar de colocá-la como pena principal e paradigmática, limitando drasticamente sua duração e a reservando somente para ofensas mais graves aos direitos fundamentais (como a vida e integridade pessoal) que, para o autor, são os únicos que justificam a privação da liberdade pessoal (Ferrajoli, 2018, p. 166).

Conforme já apontado no capítulo três, a proposta não é equivalente à abordagem abolicionista, mas sim em uma lógica que defende a redução do número de pessoas reclusas com a conseqüente melhora na condição de vida dos próprios encarcerados, com uma redução também da distância, hoje abismal, entre o modelo teórico e a realidade efetiva da pena carcerária (Ferrajoli, 2018, p. 168).

Assim, as abordagens podem ser vistas como complementares e passíveis de execução a curto e longo prazo, tendo como objetivo comum garantir que as arbitrariedades sejam reduzidas e que a pena de prisão possa se tornar menos irracional e ilegítima.

#### 4.9.2 Erradicação de critérios subjetivos na execução da pena

Baratta (1990) também se debruça sobre a necessidade de afastar a concepção patológica sobre o preso, como se a pena devesse ser cumprida por um sujeito “anormal”. Nesse ponto, na legislação brasileira o exame criminológico, ainda previsto na LEP, é um dos grandes resquícios dessa abordagem positivista. Há um paradoxo, pois o ordenamento jurídico já prevê um tipo de sanção para pessoas que efetivamente apresentem condição clínica que necessita de atenção, que são as medidas de segurança, então a manutenção do exame criminológico representa apenas a permanência da ideia que o preso apresenta alguma condição patológica diferenciada.

Os benefícios de redução de pena ou retorno progressivo à liberdade, segundo Baratta (1990), deveriam ser analisados a partir de critérios objetivos e jurídicos, sem levar em consideração requisitos subjetivos relacionados a uma suposta periculosidade, em virtude, principalmente da inconsistência científica desse tipo de percepção. Assim, torna-se possível evitar distorções e instrumentalizações na motivação do sentenciado, tirando o aspecto de negociação.

No mesmo sentido, o autor afirma que a avaliação do comportamento do preso não pode se limitar à ausência de infrações, mas pode estender-se a elementos positivos como trabalho e prestação de serviços socialmente úteis à coletividade (Baratta, 1990).

Beiras (2019, p. 90) defende a erradicação de normas e práticas de conceder ou negar acesso a toda uma série de institutos por critérios subjetivos e/ou de periculosidade que traduzir postulados mais ortodoxos de um caráter criminológico positivista que foi inundando as instituições penitenciárias. Assim, deveriam prevalecer apenas critérios de caráter objetivo e que não esvaziam de conteúdo o princípio da segurança e da certeza jurídica.

Ferrajoli (2002, p. 330), ao contrário até do que pode ser esperado, afirma que a pena privativa de liberdade já não parece idônea para satisfazer nenhuma das duas razões que justificam a sanção penal: nem a prevenção dos delitos, dado o caráter criminógeno das prisões como se apresentam hoje, nem a prevenção das vinganças privadas, que parece ser satisfeita bem mais pela rapidez do processo e pela publicidade das condenações que pela expiação da prisão.

*Por tanto, si es verdad que el grado de dureza tolerable de las penas está ligado en cada ordenamiento al grado de desarrollo cultural alcanzado por él, resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad Ferrajoli a corto Ferrajoli medio plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal,*

*comenzando por la abolición de esa moderna barbarie que es la cadena perpetua* (Ferrajoli, 1995, p. 412).

O filósofo considera a prisão, nos moldes atuais, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial. De modo que o autor vê justificada a sua superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima da pena privativa de liberdade (Ferrajoli, 2002, p. 329).

Cabe aqui, porém, a fim de evitar uma confusão teórica, esclarecer que Ferrajoli (2002, p. 331) ressalta que o projeto de abolição da prisão não se confunde com o projeto de abolição da pena, eis que, segundo o autor, esse corresponde a um programa de direito penal máximo, selvagem ou disciplinar, enquanto que aquele, ao contrário, corresponde a um programa de direito penal mínimo, orientado à mitigação e à humanização da sanção punitiva.

O que ele propõe é uma estratégia de humanização das penas, com a abolição das que se manifestem intoleráveis, havendo espaço para indicação de tipos de penas, menos aflitivos, mas não menos eficazes, que podem até ser aptos para substituir a pena privativa de liberdade (Ferrajoli, 2002, p. 331).

E em razão desse contexto, é que no campo da execução penal, parece possível afirmar que a estratégia proposta por Ferrajoli parece ser mais radical, pois uma de suas abordagens principais é de que nenhuma pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito, deveria ultrapassar o prazo de dez anos.

*Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve Ferrajoli no tras un largo o acaso interminable período haría sin duda más tolerable Ferrajoli menos alienante la reclusión. Ferrajoli sería posible por las mismas razones que están en la base de la crisis de la cárcel: la eficacia disuasoria Ferrajoli estigmatizante alcanzada, en la actual sociedad de los medios de comunicación, por el proceso Ferrajoli la condena pública, más que por la ejecución de la pena privativa de libertad; el progreso cívico Ferrajoli cultural, que hace hoy intolerables los sufrimientos inútiles o en cualquier caso excesivos; el hecho de que, guste o no guste, en la actual sociedad informática las funciones de seguridad Ferrajoli de prevención general de los delitos tienden a ser satisfechas mucho más por las funciones de policía que por la amenaza de las penas* (Ferrajoli, 1995, p. 414-415).

A partir disso, Ferrajoli (2002, p. 333) afirma que torna-se desnecessária, em sede de execução, as revisões da duração da pena em função da boa conduta, as análises sobre a cessação da periculosidade do interno ou semelhantes. Para o autor, a redução das penas legais em lugar de sua substituição discricionária durante a execução permitirá, em suma, salvaguardar os elementos garantistas da pena “[...] sua predeterminação legal, sua determinação judicial, sua certeza, sua igualdade, sua proporcionalidade à gravidade do delito,

a imunidade das consciências frente aos modos e aos tempos de sua execução” (Ferrajoli, 2002, p. 333).

Assim, o filósofo italiano não vê com bons olhos os mecanismos premiaiais usualmente utilizados na fase de execução, tanto por representarem a existência de penas longas, quanto pelos critérios utilizados. As críticas do autor são pertinentes, a questão é que, diante do ordenamento jurídico brasileiro, não se vê ainda como viável utilizar apenas a defesa de uma redução das penas máximas em todos os delitos.

Ferrajoli (2002, p. 337) defende o uso de penas alternativas à privação de liberdade, como a semiliberdade, a liberdade vigiada, a prisão domiciliar e a limitação de fim de semana, que privam parcialmente a liberdade social, a residência obrigatória e proibição de residir em determinado local que priva a liberdade de circulação.

Para o autor, portanto, todas essas penas deveriam estar previstas em lei, havendo uma escala que permitisse a sua graduação proporcional e ponderação equitativa conforme a gravidade dos delitos, de maneira que a privação de liberdade resultaria na sanção mais severa, reservada para casos mais graves e destinada a ser abolida em perspectiva (Ferrajoli, 2002, p. 337).

É válido ressaltar que atualmente o ordenamento jurídico brasileiro possui a modalidade de penas restritivas de direito, porém seu uso, disciplinado no artigo 44 do Código Penal, é de caráter substitutivo, sendo aplicada a condenações que não excedam quatro anos para crimes sem violência ou grave ameaça. Tais limitações fazem com que exista ainda uma predominância da pena privativa de liberdade como protagonista no Brasil.

Dessa maneira, as proposições de Baratta se mostram mais palpáveis a essa realidade brasileira e, ao final, se coadunam com uma das principais críticas ferrajolianas à concessão de benefícios na execução penal, condicionados a requisitos abstratos voltados à ideia de um “bom comportamento carcerário”.

Acerca deste aspecto, a LEP tem problemas latentes. Vários benefícios (progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, entre outros) são condicionados ao critério do “bom comportamento” ou “comportamento adequado”, termo de caráter subjetivo, em regra, avalizado pelo diretor da penitenciária em que o preso está custodiado. O juiz, responsável pela decisão de concessão ou não dos benefícios, realiza a análise dos demais critérios de cunho objetivo, porém como questionar tal requisito se o juiz de execução pouco (ou quase nada) tem contato com o cotidiano do custodiado? Ou como questionar uma análise de cunho eminentemente imotivado?

Ademais, a LEP é marcada por ser uma legislação pautada pelo “*bis in idem*” e as indisciplinas tratadas como “falta grave” (art. 50) levam a uma série de sanções ao condenado. Uma única falta grave pode implicar a perda de parte dos dias remidos por trabalho ou estudo, a progressão de regime, a submissão ao regime disciplinar diferenciado, dentre outras punições geradas por um mesmo fato.

É perceptível uma ausência de proporcionalidade entre benefícios e sanções, de maneira que, se a análise de Ferrajoli parece pouco aplicável diante do ordenamento jurídico brasileiro, faz sentido a sugestão de Baratta para deixar o processo mais produtivo de um ponto de vista reintegrador e também juridicamente adequado.

#### 4.9.3 A quebra dos muros do cárcere

Baratta (1990) também considera a importância da saúde mental dos operadores e dos sentenciados. O autor afirma que a prisão é uma comunidade de frustrações que se estende a todos os atores que nela são implicados em diferentes funções, por esta razão a sugestão é pela busca de uma colaboração recíproca para a solução de conflitos e perturbações.

O criminólogo considera que a construção de programas e benefícios deve ser pensada no interior e no exterior do cárcere, com experiências de voluntariado social que se estendem da comunidade para dentro da prisão, no manejo de atividades expressivas e recreativas (Baratta, 1990).

Trata-se de aspecto formalmente negligenciado pela LEP, porém que tem sido aceito pelos Tribunais Superiores, principalmente através de uma análise extensiva do art. 126, que prevê o instituto de remição de pena. Formalmente, a legislação só permite que a pena seja reduzida através do trabalho e estudo, porém a leitura, por exemplo, foi incluída através da Portaria conjunta n. 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/MJ e do Conselho da Justiça Federal, bem como a Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

No mesmo sentido, há outros projetos que levam atividades que são compatíveis com esse objetivo reintegrador, como por exemplo, o Projeto “Respirando Liberdade<sup>96</sup>”, inspirado

---

<sup>96</sup> O projeto “Respirando Liberdade” foi elaborado em cooperação com a Fundação Arte de Viver, juntamente com a Diretoria de Reinserção Social da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária - DRS/SEAP, do Centro de Recuperação de Itaituba - CRRI, no Estado do Pará, em que é viabilizada a realização do *Prison Program*, inspirada no programa *Prison Smart*, em desenvolvimento pela Fundação desde 1992, com fundação do líder humanitário Sri Sri Ravi Shankar, o qual ampliou a aplicação do programa em uma faixa de 50 países. Ademais, quanto ao objetivo do programa, traça-se a meta de romper com o ciclo de violência dentro e fora dos presídios por meio das práticas de técnicas de respiração, em específico a utilizada Sudarshan Kriya, yoga e meditação, atividades que viabilizam o controle do estresse, autoconhecimento e estabilidade na saúde mental, o

no programa *Prison Smart*, que atualmente está em vigor em casas penitenciárias do Pará. O programa utiliza da prática de yoga e meditação para controle do estresse, autoconhecimento e estabilidade da saúde mental, com a finalidade de influenciar o cotidiano dos encarcerados.

Pela perspectiva apresentada no programa de Baratta, tais práticas deveriam ser cada vez mais fomentadas e divulgadas, em função da possibilidade de reconhecer dentro do cárcere que muitos dos problemas que ali existem são um reflexo ou extensão de graves problemas sociais. O autor ressalta a importância de que o cárcere seja também meio para a consciência política da questão social (Baratta, 1990), e isso é possível por meio dessa abertura para a sociedade.

Beiras (2019, p. 162) afirma a necessidade de entender que a consideração do problema da prisão deve ser perseguida, discutida e construída na sociedade. Dessa maneira, é essencial disseminar o universo carcerário na sociedade, incluindo, assim, a participação dos meios jornalísticos e, de forma geral, das novas tecnologias de comunicação, para que tornem visíveis na sociedade uma quantidade significativa de vivências, sucessos e iniciativas que ficam “encerradas” no isolamento da prisão.

Do mesmo modo, a preocupação deve ser com todos que atuam na realidade carcerária, havendo de se pensar em uma estrutura de apoio e de qualificação também aos servidores, agentes penitenciários, e demais profissionais que convivem com essa realidade em seu cotidiano. Conforme visto anteriormente, no Estado do Pará, o projeto de política criminal apresentado deixa de lado esse tipo de capacitação, o que implica uma desvalorização desses profissionais.

Para Baratta (1987), ao discutir a intervenção penal, deve-se sempre levar em conta o princípio da proporcionalidade concreta ou da adequação do custo social, ou seja, é necessário considerar os efeitos desiguais da pena sobre os condenados, sobre seu âmbito familiar e social, de maneira que se deve incluir em seu planejamento critérios programáticos a limitar e a compensar as desigualdades dos efeitos das penas sobre os condenados e em seu ambiente social.

Ferrajoli não se debruça sobre essa questão de maneira tão extensa quanto Baratta, porém afirma que, dentro de uma estratégia voltada para a desprisionalização, com a redução da população carcerária, os gastos poderiam ser destinados para a melhora das condições de vida dentro das prisões e para o fomento da relação dos detentos com o mundo externo (Ferrajoli, 2018, p. 199).

---

que influencia diretamente no cotidiano das pessoas, sendo realizada em acompanhamento dos orientadores do curso por um período consecutivo de 40 dias (Andrade; Oliveira; Ferreira, 2023).

Deve-se reiterar, porém, que o filósofo tem como pressuposto essencial para a legitimação do direito penal, dentro da perspectiva do utilitarismo reformado, o respeito aos princípios da necessidade e da dignidade da pessoa, rechaçando tratamentos desiguais não justificados (Ferrajoli, 1995, p. 396-397).

*Es necesario sobre todo que las condiciones de vida dentro de la cárcel sean para todos lo más humanas posible Ferrajoli lo menos aflictivas que se pueda; que en todas las instituciones penitenciarias esté previsto el trabajo no obligatorio, sino facultativo- junto al mayor número posible de actividades colectivas, de tipo recreativo Ferrajoli cultural; que en la vida carcelaria se abran Ferrajoli desarrollen espacios de libertad Ferrajoli de sociabilidad mediante la más amplia garantía de todos los derechos fundamentales de la persona; que, en fin, se promueva la apertura de la cárcel los coloquios, encuentros conyugales, permisos, licencias, etc.- no mediante la distribución de premios Ferrajoli privilegios sino con la previsión de derechos iguales para todos (Ferrajoli, 1995, p. 397).*

É possível, portanto, considerar que a proposta de Baratta tem como foco principal o respeito da dignidade de todos aqueles que de alguma maneira atuam dentro do sistema carcerário, o que aproxima tal ideia da perspectiva garantista.

#### **4.10 A incansável busca por estratégias de resistência**

Garantismo penal e criminologia crítica são dois campos teóricos de uma densa complexidade, ambos olham o mesmo objeto sobre prismas diferenciados. Baratta, de um lado, busca inspiração no abolicionismo para apresentar um programa de redução do direito penal, enquanto que Ferrajoli refuta as teses abolicionistas para buscar no próprio direito um caminho de redução de violências.

O interessante dos dois campos teóricos é que ambos possuem limitações e estão suscetíveis a diversas críticas, porém existe um caminho possível entre eles quando se está diante de um avanço de sucesso de práticas de caráter expansionista no direito penal, que leva à necessidade de (re)pensar as estratégias de política criminal que podem ser aplicadas.

Khaled Jr. (2021, p. 113) afirma que o que caracteriza o Brasil é a ausência de referência de qualquer teoria da pena no texto constitucional, que apenas sinaliza com mecanismo de contenção de danos, sem designar qualquer propósito justificante à execução da pena privativa de liberdade.

O autor destaca que essa ausência de justificação não impede que o penalismo comprometido com a reprodução ideológica da barbárie continue a professar sua fé nos

vetores legitimantes, o que se torna condizente com a cultura de fetiche pela legislação infraconstitucional (Khaled Jr., 2021, p. 113).

Para Sales (2022, p. 242), o garantismo jurídico-penal assenta suas bases na tutela de direitos e garantias fundamentais, através de um programa de minimização da intervenção penal, e no devido processo, que tem como consequência o respeito aos direitos e garantias de todo e qualquer acusado. A realidade é que a tradição jurídico-brasileira, em razão de seu caráter expansionista no âmbito penal e autoritário no âmbito processual penal, mantém fortes tensões com a teoria de Ferrajoli.

Segundo Andrade (2012, p. 96-97), a ideia de um garantismo crítico traz um novo horizonte para a discussão das relações entre criminologia, direito penal dogmático (ou Dogmática penal) e política criminal, a partir de um “novo” modelo integrado de Ciência Penal.

Não se pode deixar de considerar, entretanto, a partir de tudo que já foi exposto, que o garantismo penal possui uma perspectiva crítica inerente à própria teoria, algo que deriva já do pressuposto básico, apresentado anteriormente, da separação entre vigência e validade. Ademais, Ferrajoli, ao mesmo tempo que propõe o modelo ideal, debruça-se sobre os principais problemas existentes da realidade de funcionamento do sistema penal, jamais sendo alheios a ele.

Tal percepção pode levar à conclusão de que o “garantismo crítico” seja redundante, pois, pelo que foi demonstrado, é impensável um garantismo que não sirva de parâmetro de legitimação, o que torna a teoria tão importante para países de contexto democrático como o Brasil.

O que se percebe é a necessidade de entrelaçar as perspectivas críticas (criminológica e garantista) com a dogmática e a política criminal. Castro (2005, p. 125) afirma que reconhecer a incompatibilidade dos programas jurídicos e políticos com a realidade dos sistemas penais facilita a identificação daqueles como meramente simbólicos, quando se trata de aplicar as garantias àquelas classes sociais cuja proteção não foi a que precisamente motivou o nascimento do direito penal liberal burguês.

A consequência disso, para a criminóloga, é ter uma atualização das possibilidades de colaboração, senão integração, entre a criminologia e um direito penal que, caso deseje ser mais preciso, igualmente crítico. A autora considera, nesses termos, que o garantismo se converteria na zona de intersecção de ambos os círculos e no objetivo de alto nível na escala de prioridades de ambas as disciplinas (Castro, 2005, p. 125).

Com base na percepção de problemas bem característicos do sistema penal atuante em países latino-americanos, especificamente a constatação da existência de um sistema subterrâneo<sup>97</sup>, a autora chega à conclusão de que a função comum garantista e fiscalizadora dos direitos humanos pode produzir laços de união proveitosos (Castro, 2005, p. 132).

Com efeito, a quebra da incomunicabilidade foi instaurada por obra de criminólogos e de penalistas críticos que, colocando em suspensão, seja o radicalismo dogmático (que ignora ou repudia em bloco a Criminologia crítica), têm protagonizado uma nova relação: o desenvolvimento do aspecto crítico da Criminologia (dados da realidade sobre o controle penal) em direção do aspecto garantidor do Direito penal dogmático e vice-versa (Andrade, 2012, p. 98).

Desde 2012, Andrade é uma das autoras que já enxergava o caminho conjunto de um garantismo crítico e criminologicamente fundamentado, entendido como vigilância sobre o (des)respeito aos direitos humanos no marco do funcionamento efetivo (deslegitimado) do sistema penal.

É interessante observar que os autores que abordam a possibilidade desta via são justamente aqueles que vivenciam a realidade latino-americana (Juarez Cirino dos Santos, Nilo Batista, Juarez Tavares etc), possivelmente em virtude da necessidade de estabelecimento de um projeto alternativo e viável frente ao expansionismo penal existente há décadas nesta região.

Pensar uma estratégia para a redução das prisões, discutida à luz das características do ordenamento jurídico brasileiro, é uma maneira de demonstrar a possibilidade de complementaridade em campos de estudo do sistema penal tão essenciais para a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Em tempos de déficit de projeto alternativo politicamente viável para o controle penal, o desafio é manter o garantismo em seu devido lugar, ou seja, como tática minimalista micro (e não como estratégia), sobretudo no interregno de crise de legitimidade do sistema penal, mas devidamente inserido no horizonte utópico de superação do atual sistema de controle penal. Aqui, o garantismo que gravita em torno das “penas perdidas”, se é efetivamente comprometido com os direitos humanos, não para: necessariamente se conecta com as alternativas à pena e com a construção alternativa dos problemas e conflitos sociais, uma problemática essencialmente abolicionista. Uma vez mais, nossos homenageados são referência para esse caminho (Andrade, 2012, p. 101).

---

<sup>97</sup> Para Castro (2002, p. 128) o sistema penal subterrâneo opera nos diferentes níveis do sistema social. Isto é, tanto nos mecanismos de controle formal como nos de controle informal. Em síntese, trata-se da constatação da operatividade determinada pela seletividade classista do controle, em detrimento de um discurso de que esse direito se apresenta como “igual para todos”.

Ao contrário do que parece existir no âmbito acadêmico, não se trata de criar ambientes de disputa teórica sobre qual campo poderia oferecer uma melhor resposta às mazelas do sistema penal. Quando se aprofunda os estudos em relação ao garantismo, criminologia crítica e abolicionismo penal, verifica-se que os autores não rechaçam de maneira absoluta as indicações oriundas de cada teoria, pelo contrário, ainda que com sinais de discordância, há o reconhecimento da contribuição de cada uma para o estudo desse sistema.

Há pautas e agendas que são oriundas desses campos, porém, grande parte delas não conseguem avançar na mesma velocidade que as propostas expansionistas. O papel da academia, portanto, também deve se preocupar em formas de viabilizar isso, em buscar um caminho possível dentro dos reais problemas enfrentados pelo (e em razão) do sistema penal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da discussão traçada, é possível trazer algumas considerações sobre o objeto desta pesquisa. Discutir o sistema penal brasileiro requer uma breve contextualização histórica acerca de sua formação, verificando-se que a pena privativa de liberdade, atualmente considerada como principal mecanismo de punição, foi dada como uma evolução de caráter moderno, visto que as formas anteriores implicavam sanções arbitrárias e, por vezes, cruéis.

Ocorre que, originada no contexto europeu, a pena privativa de liberdade foi importada aos países latino-americanos e teve de ser adequada ao contexto de escravidão aqui existente. Assim, a construção do perfil carcerário em tais países se mostra estritamente relacionado com o aspecto histórico de dominação e de necessidade de dominação das populações de negros, mestiços e imigrantes, evidenciando desde logo o marcador racial que acompanha esse tipo de medida.

Conforme foi demonstrado no início desta pesquisa, assim como em outras áreas (educação, social, costumes etc), aquilo que era realizado na Europa era entendido como sinônimo de modernidade e, portanto, deveria aqui ser reproduzido. Foi assim que as teorias criminológicas pautadas no determinismo biológico foram trazidas e utilizadas como fundamento para a segregação das minorias e como mecanismo de controle, principalmente, de negros.

Dessa maneira, o racismo e a pobreza se mostram como marcas permanentes do histórico penal brasileiro, algo que reflete no perfil carcerário que, ao longo do tempo, pouco ou quase nada tem se modificado, demonstrando um abandono secular de tais populações e sua frequente exposição à marginalização.

No que tange ao aspecto legislativo penal brasileiro, verificou-se que uma série de problemáticas colabora com a manutenção de um sistema penal segregador. O processo legislativo, da forma que vem sendo realizado, afasta-se da perspectiva democrática apresentada pelo garantismo e permanece resultando em leis vagas e/ou genéricas que demonstram que o legislativo acaba colaborando com o fenômeno do aumento do encarceramento.

Não se pode esquecer que os atuais Códigos Penal e de Processo Penal ainda são da década de 1940 e, em que pese as diversas reformas, mantém características autoritárias que eram comuns ao período pré-democrático. Inclusive, a mudança mais recente, o chamado “Pacote Anti-Crime”, teve como foco principal, mais uma vez, o discurso de “combate” a

crimes como tráfico de drogas, milícias, etc. e resultou, de maneira geral, em diversos dispositivos que têm como resultado deixar o preso mais tempo dentro do cárcere.

Como foi discutido no primeiro capítulo, mesmo após o STF ter declarado o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, não houveram mudanças realmente significativas nesta realidade, nem no campo legislativo, nem na atuação do Judiciário, o que tem colaborado com a permanência desse no contexto.

No segundo capítulo desta pesquisa foram apresentados os principais aspectos que caracterizam a criminologia crítica de Alessandro Baratta. O autor, que teve papel essencial na superação do paradigma etiológico da criminologia, também teve uma participação bastante singular na estruturação do movimento criminológico latino-americano.

Uma das características mais marcantes da construção teórica elaborada pelo autor é a inclusão do referencial marxista, algo que, como visto, já vinha sendo trabalhado por outros pesquisadores sem muito sucesso. Baratta conseguiu adequar o marxismo para o campo criminológico, realizando um diálogo entre o *labeling approach* e o materialismo histórico.

Assim, estabeleceu como principais objetos de pesquisa o desvio, os comportamentos socialmente negativos e os processos de criminalização. Dessa maneira, a partir deste enfoque, é possível perceber de maneira bem explícita como a criminologia crítica se estabelece como teoria do ser, traçando críticas ao sistema penal e afirmando que este se trata de um sistema desigual por excelência.

Foram ainda apresentados conceitos essenciais nas obras do autor, com destaque para a violência estrutural que é compreendida como determinante para outras formas de violência, de maneira que o diagnóstico do sistema penal realizado pelo criminólogo é de que este não atua como meio de proteção dos direitos humanos, mas como violador.

Ademais, não se pode compreender a criminologia de Alessandro Baratta sem considerar as influências abolicionistas do autor, que entende a abolição do sistema penal como objetivo ideal, de maneira que devem ser traçadas estratégias (minimalistas) para tal. Dessa forma, a política criminal alternativa trouxe quatro eixos que podem ser complementados com os princípios (intra e extrassistemáticos) de direito penal mínimo que marcam a utilização dos direitos humanos como referencial na estratégia de política criminal elaborada.

No capítulo terceiro, a discussão recai sobre o garantismo penal, teoria de Luigi Ferrajoli que estabelece critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal. O ponto principal, que é um divisor de águas na correta compreensão dessa abordagem, é a

compreensão de que o garantismo deslegitima qualquer modelo que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais.

Ou seja, o garantismo é um campo com grande arsenal teórico para criticar o sistema penal. Ocorre que, nos últimos tempos, diversas produções de baixa densidade teórica colaboraram com a distorção da teoria, o que justifica a necessidade de estudos que sejam sérios e que demonstrem o porquê o garantismo é tão necessário.

Assim, não há que se falar em “garantismo integral” ou “garantismo hiperbólico monuclear”, mas apenas de garantismo que, diga-se de passagem, vai muito além da seara penal para abraçar diversas abordagens que continuam sendo elaboradas pelo autor.

Nesses termos, foram apresentados os principais aspectos da epistemologia garantista, demonstrando como o autor adota a razão em três sentidos (epistemológico, axiológico e teórico-normativo) e a separação entre direito e moral que faz com que seja possível afirmar que o garantismo é uma teoria do campo do “dever ser”.

Foi demonstrado ainda que a teoria garantista sempre se preocupa com o mais frágil, (seja ele a vítima, o réu ou o condenado) estabelecendo axiomas, que se constituem garantias penais e processuais, que transformam a teoria em um ideal nunca plenamente realizável, de maneira que tais axiomas se mostram como um termômetro de quão garantista é aquele ordenamento jurídico.

Fundamental também é a abordagem que o autor realiza acerca do conceito de democracia, indo além da perspectiva de uma maioria numérica e demonstrando a necessidade de vínculos e limites aos poderes, através de mecanismos como a reserva de código, que visa a impedir o inchaço legislativo.

Há, portanto, dois pontos de grande divergência entre a criminologia crítica e o garantismo penal. O primeiro se debruça sobre a epistemologia, na qual a primeira é uma teoria do ser e a segunda uma teoria do dever ser, e o segundo remete à concepção do que seria um direito penal mínimo.

Conforme apresentado, Ferrajoli considera que o garantismo é sinônimo de direito penal mínimo e que ele, por si só, é a utopia que deve ser mantida como objetivo final de qualquer planejamento político criminal democrático. O autor, portanto, é crítico aos movimentos abolicionistas quanto ao objetivo de abolição do sistema penal, eis que considera tal pretensão uma utopia regressiva.

Acerca da concepção de direito penal, não existe um consenso entre os autores, o que é totalmente compreensível a partir da epistemologia adotada por cada um. A questão é verificar se isso é impeditivo para a existência de um diálogo entre eles.

No quarto capítulo, a partir de todos os elementos apresentados, foram constatados como os modelos de maximização do direito penal têm sido predominantes na história brasileira, o que Vera de Andrade chama de “eficientismo penal”, ou seja, a dinâmica de minimização do Estado social e maximização do Estado Penal.

Foi apontado como há uma lacuna no planejamento político-criminal realizado pelos órgãos responsáveis, algo facilmente perceptível na análise do Plano Estadual de Segurança Pública e Defesa Social do Pará, que não aborda questões como sistema carcerário e aprimoramento da formação de policiais, o que gera respostas de emergência que agravam o problema como um todo.

Assim, a questão penal permanece, como dito, como um dos nós autoritários mesmo em um regime democrático, razão pela qual tem-se a retomada do questionamento desta pesquisa: Em que medida é possível estabelecer estratégias ao sistema penal brasileiro voltadas ao enfrentamento das tendências panpenalistas através de um diálogo entre o garantismo penal e a criminologia crítica de Alessandro Baratta?

A partir do estudo dos principais aspectos das teorias apresentadas (que não são esgotadas em virtude da sua grande abrangência), verificou-se que ambas são suscetíveis a críticas, desde que feitas de maneira sérias, e que são bem vindas dentro do contexto de enriquecimento teórico que todo campo de estudo deve passar.

A resposta ao problema posto encontra-se em dois pilares que foram encontrados nas duas teorias: a defesa do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Humanos. O diálogo entre garantismo penal e criminologia crítica, portanto, mostra-se possível dentro dessas duas perspectivas, que acabam sendo a base de todas as propostas apresentadas pelos autores.

Isso se deve pela concepção democrática ferrajoliana mencionada acima, que inclui a perspectiva formal e material, e pela abordagem de Direitos Humanos de Baratta, que é enfático ao afirmar “todos os direitos humanos para todos”. Eis, portanto, o fio condutor básico que torna possível a conexão aqui investigada.

Assim, com a finalidade de demonstrar como esse diálogo seria realizável, e seguindo o entendimento de que qualquer planejamento político criminal necessita partir do estabelecimento de eixos de atuação pautados na realidade em questão, foram eleitos três pontos de análise, a partir de todos os dados que foram expostos na pesquisa: prisões preventivas; processo de criação e alteração de leis penais; e a execução penal.

Com base nisso, foi demonstrado que ambos os autores contribuem, dentro das suas perspectivas, com propostas para racionalizar o uso do sistema penal e a forma de existência

do sistema carcerário. Em todos os eixos verificou-se que a preocupação básica é com mecanismos que garantam o respeito aos direitos fundamentais.

Ao fim, percebe-se que, em que pese com epistemologias distintas que devem ser respeitadas, a crítica também é comum tanto ao garantismo quanto à criminologia. É um equívoco simplista colocar as teorias em lugar de contraposição no sentido de que uma deslegitima o sistema penal e outra o legitima.

Pelo contrário, uma análise mais aprofundada e cuidadosa com o garantismo penal torna palpável o quanto Ferrajoli traça o garantismo como teoria limite não realizável e que a consequência é um arsenal robusto de críticas quando tais patamares são violados. Por isso que um garantismo crítico, como dito, torna-se redundante, entretanto, esta pesquisa demonstra quão rica é uma discussão que procura fortalecer a democracia e enfrentar os problemas do sistema penal através de uma crítica criminológica e, ao mesmo tempo, garantista.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Viera; BATISTA, Vera Malaguti Batista. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

AGENTES de Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária chegam a Belém. **G1**, [s. l.], 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/31/agentes-de-forca-tarefa-de-intervencao-penitenciaria-chegam-em-belem.ghtml>. Acesso em 10 fev. 2023.

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarisse Nunes. SÁ NETO, Flávio de. COSTA, Marcos. BRETAS, Marcos Luiz.(Org.) **História das Prisões no Brasil**. Vol. I. 1 ed. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.

ALVES FILHO, Armando dos Santos. SOUZA JUNIOR, José Alves de. BEZERRA NETO, José Maia. **Pontos de História da Amazônia**. 3 ed. Belém: Paka-Tatu, 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: Do controle da violência à violência do controle penal**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista Sequência: Estudos jurídicos e políticos. v. 16. n.30. UFSC.1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em 15 jan. 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Sequência estudos Jurídicos Políticos, 16(30), 24–36, 1995. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em 09 out 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. A América Latina como instituição de sequestro. In: ABRAMOVAY, Pedro Viera; BATISTA, Vera Malaguti Batista. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa**. Relatório da Secão Nacional Espanhola. Madrid: Associação Internacional de Direito Penal, 1977.

BARATTA, Alessandro. Criminología Ferrajoli Sistema Penal. In: ELBERT, Carlos Alberto; BELLOQUI, Laura (org). **Colección: Memoria Criminológica**, Nº 1. Argentina: C B de F Ltda, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Defesa dos Direitos Humanos e Política Criminal**. III Congresso Nacional do Movimento do Ministério Público Democrático. Paraná, 1997.

BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal Mínimo: Para uma Teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da Lei Penal. **Revista Doutrina Penal**. Florianópolis, 1987.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado**. 1990. Disponível em: [http://Ferrajoli.ceuma.br/portal/wp-content/uploads/2014/06/BIBLIOGRAFIA.pdf]. Acesso em 20 maio 2023..

BATISTA, Nilo. **Capítulos de política criminal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Viera; BATISTA, Vera Malaguti Batista. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** (1764). São Paulo: Editora Martin Claret LTDA, 2000.

BEIRAS, Iñaki Rivera. **Desencarceramento**: Por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. 1 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

BERGALLI, Roberto. Criminología: propuestas críticas concretas. In: BERGALLI, Roberto. BUSTOS, Juan. MIRALLES, Teresa (org). **El pensamiento criminológico I**. Colombia: Editorial Temis, 1983.

BRASIL, Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). **Relatório de Missão a Unidades de Privação de Liberdade do Estado do Pará**. 2019. Disponível em chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/[https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/11/relatorio\\_mnpct\\_para\\_2019.pdf](https://mnpctbrasil.files.wordpress.com/2019/11/relatorio_mnpct_para_2019.pdf). Acesso em 20 abril 2023.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: Notas para uma teoria performativa de assembleia. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CARNEIRO, Tainã. Das periferias da Amazônia aos morros cariocas: por que chefes do tráfico migram do PA ao RJ. GIPA. [S. l. ], 2023. Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2023/04/01/das-periferias-da-amazonia-aos-morros-cariocas-por-que-chefes-do-trafico-migram-do-pa-ao-rj.ghtml>. Acesso em 10 fev. 2023.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. **Curso de criminologia crítica brasileira**: dimensões epistemológicas, metodológicas e políticas. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASARA, Rubens R.R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

CASTRO, Lola Aniyar de; CODINO; Rodrigo. **Manual de Criminologia Sociopolítica**. Trad. Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CASTRO, Lola Aniyar de. Baratta Ferrajoli La Criminología Crítica un Filósofo que Revolucionó la Criminología Ferrajoli la Encaminó a ser Teoría Crítica del Control Social. *Revista Digital De Ciencias Penales De Costa Rica*, (2), 367. Recuperado a partir de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/12616>

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Revan: Rio de Janeiro, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CNJ, Portal BNMP. Disponível em <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em 20 nov 2022.

CNJ. **Casos contenciosos Brasileiros**. Disponível em <https://Ferrajoli.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/casos-contenciosos-brasileiros/>. Acesso em 20 dez 2023.

CNJ. Relatório O sistema prisional brasileiro fora da Constituição - 5 anos depois. Balanço e projeções a partir do julgamento da ADPF 347. **Conselho Nacional de Justiça**. 2021. Disponível em [https://Ferrajoli.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatório\\_ECI\\_1406.pdf](https://Ferrajoli.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatório_ECI_1406.pdf). Acesso em 06 out 2022.

COPETTI NETO, Alfredo. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil**. Justificando, [s. l.], 2017. Disponível em [Ferrajoli.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/](http://Ferrajoli.justificando.com/2017/07/19/garantismo-integral-teoria-que-so-existe-no-brasil/). Acesso em 20 fev. 2023.

CORRADETTI, Claudio. **The Frankfurt School and Critical Theory**. Internet Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <https://iep.utm.edu/frankfur/>. Acesso em: 06 fev. 2022.

COSTA, Leonardo P. Santos. FERREIRA, Marcus Vinicius. O estado de coisas inconstitucional na jurisprudência do STF. **CONJUR**. 2021. Disponível em: <https://Ferrajoli.conjur.com.br/2021-jul-23/opiniao-estado-coisas-inconstitucional-jurisprudencia-stf>. Acesso em 10 fev. 2023.

COUTO, Aiala. A geografia da violência na região amazônica. In: BUENO, Samira. LIMA, Renato Sérgio de (coord). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2022. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/03-anuario-2022-a-geografia-da-violencia-na-regiao-amazonica.pdf>. Acesso em 30 out 2023.

DGE (Diretoria Geral de Estatística). **Anuário Estatístico do Brasil**. Rio de Janeiro: 1927. Disponível em

[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb\\_1908\\_1912\\_v1.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1908_1912_v1.pdf). Acesso em 10 out 2022.

DIB TAXI, Ricardo Araujo. Para além da vida nua: Reflexões sobre resistência em época de pandemia. In: SOARES, Dennis Verbicaro (coord); VERBICARO, Loiane Prado. **Tensões de uma sociedade em crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=787591>. Acesso em: 20 jan. 2022.

FASSIN, Didier. **Punir**: Uma paixão contemporânea. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2021.  
FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos modelos de constitucionalismo**: Una conversación. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Cos'è il garantismo. In: MICHELETTI, Dario. GIUNTA, Fausto (coord). **Criminalia**: Annuario di scienze penalistiche. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho e razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e garantías**: La ley más débil. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **El paradigma garantista**. Filosofía crítica del derecho penal. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología Jurídica**: Garantismo. México: Fontamara S.A, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: Uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: Una discusión sobre derecho Ferrajoli democracia. Editorial Trotta S.A, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **La costruzione della democrazia**. Teoria del garantismo costituzionale. Bari: Gius. Laterza & Figle Spa, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. **Teoría del derecho de la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. ZOLO, Danilo. **Marxismo e Cuestión Criminal**. La questione criminale. Ano III. n °1, Barcelona, 1977.

FERREIRA, Ricardo Alexandre. O tronco na enxovia: Escravos e livres nas prisões paulistas dos oitocentos. In: MAIA, Clarisse Nunes. NETO, Flávio de Sá. COSTA, Marcos. BRETAS, Marcos Luiz.(Org.) **História das Prisões no Brasil**. Vol. I. 1 ed. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo (penal) Integral? In: CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. O falso dilema da divisão entre garantistas e punitivistas. **CONJUR**, [s. l.], 2023. Disponível em: <https://Ferrajoli.conjur.com.br/2023-ago-20/segunda-leitura-falso-dilema-divisao-entre-garantistas-punitivistas>. Acesso em 09 sete. 2023.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. Entrevista a Luigi Ferrajoli. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, v. 16, n. 65, p. 274-292. Revista dos Tribunais, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. Ed. São Paulo: Atlas,

GIMENES, Erick. Brasil é condenado por impunidade de assassinos de defensor de direitos humanos. **JOTA**. Belo Horizonte, 2022. Disponível em <https://Ferrajoli.jota.info/justica/brasil-e-condenado-por-impunidade-de-assassinos-de-defensor-de-direitos-humanos-05102022>. Acesso em 27 dez. 2023.

GOMES, Marcus Alan de. **Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GRUPO de Trabalho destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos projetos de Lei nº 10.372, de 2018, nº 10.373, de 2018, e nº 882, de 2019- GT PENAL. Coelho, Margarete (coord). Disponível em

GUILHERME, Vera Maria. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana**. Boletim Científico ESPMU. n. 49. Brasília, 2017.

IBCCRIM. Nota técnica sobre pacote Anticrime. Comentários do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) sobre Pacote Anticrime (PL 882/2019 e PL1.864/2019). Disponível em [https://arquivo.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota\\_Tecnica\\_Pacote\\_Anticrime.pdf](https://arquivo.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf). Acesso 20 out. 2022.

INFORMATIVO STF. Nº 1046/2022. Disponível em <https://Ferrajoli.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1046.htm>. Acesso em 02 jan de 2024.

IPPOLITO Dario; MASTROMARTINO Fabrizio; PINO Giorgio. **Per gli 80 anni di Luigi Ferrajoli. Ragion pratica**. Fascicolo 2, 2020. Disponível em <https://Ferrajoli.rivisteweb.it/issn/1720-2396/issue/8058>. Acesso em 29 nov. 2023.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Unisinos. 2011.

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, 2011.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KHALED JR, Salah. **Direito penal e liberdade: ensaios sobre castigo, culpabilidade e poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

LACERDA, Jackson dos Santos. NOGUEIRA, Marcelo de Almeida. O ‘embrulho’ do moro. In: LEMOS, Bruno Espiñeira. GONÇALVES, Carlos Eduardo. QUINTIERE, Victor Minervino (Orgs). **Comentários Críticos às principais propostas de reformas penais Brasileiras**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019

LAGRECA, Amanda. BARROS, Betina. SENNE, Iara. As 820 mil vidas sob a tutela do Estado, In: **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Ano 16. 2022. Disponível em <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em 20 mar 2023.

LOPES JR, Aury. PINHO, Ana Claudia Bastos de. ROSA, Alexandre de Moraes da. **Pacote Anticrime: um ano depois**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. epub.

LUZ, Solimar. Pesquisa do IBGE evidencia agravamento da desigualdade social. **Rádio Agência Nacional**. [s. l.], 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-12/pesquisa-do-ibge-evidencia-agravamento-da-desigualdade-social>

MAIA, Clarisse Nunes. NETO, Flávio de Sá. COSTA, Marcos. BRETAS, Marcos Luiz.(Org.) **História das Prisões no Brasil**. Vol. I. 1 ed. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamento de metodologia científica**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

‘MASSACRE do Presídio de Altamira’, no PA, maior tragédia carcerária depois de Carandiru, completa dois anos. **G1**, [s. l.], 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2021/07/29/massacre-do-presidio-de-altamira-no-pa-maior-tragedia-carceraria-depois-de-carandiru-completa-dois-anos.ghtml>. Acesso em 13 fev. 2023. 2019.

MELLO, Eduardo Granzoto. **Fundamentos políticos da Criminologia Crítica de Alessandro Baratta**. Orientadora: Vera Pereira Regina de Andrade. Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

MINISTÉRIO da Justiça autoriza atuação de Força-Tarefa de Intervenção Penitenciária no Pará. **G1**, [s. l.], 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/30/ministerio-da-justica-autoriza-atuacao-da-forca-tarefa-de-intervencao-penitenciaria-no-para.ghtml>. Acesso em 12 fev. 2023.

MINISTÉRIO da Justiça e Segurança Pública. **Ministério da Segurança Pública divulga relatório sobre o uso de tornozeleiras eletrônicas.** 2018. Disponível em <https://Ferrajoli.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1545159104.96>. Acesso em 25 jan. 2022.

MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. A fatalidade biológica: A medição dos corpos, de Lombroso aos biotipologistas. In: MAIA, Clarisse Nunes. NETO, Flávio de Sá. COSTA, Marcos. BRETAS, Marcos Luiz.(Org.) **História das Prisões no Brasil.** Vol. II. 1 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos gregos ao pós-modernismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

NOVO relatório conclui que Intervenção Penitenciária atuou de forma ilegal no Pará, após massacre em Altamira. **G1**, [s. l.], 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/11/07/novo-relatorio-conclui-que-intervencao-penitenciaria-atuou-de-forma-ilegal-no-para-apos-massacre-em-altamira.ghtml>. Acesso em 10 fev. 2023.

OAB-PA adotará medidas judiciais para restabelecer direitos de advogados impedidos de ingressar em unidades prisionais. OABPA, Belém, Disponível em:

OLIVEIRA, Pablo Alves de. **O que se passa na cabeça de um garantista?** In: COLEN, Guilherme Coelho (Coord); ARAUJO, Ana Luíza Miranda; BICALHO, Felipe José Dias;

VILAS BOAS NETO, Francisco José; LEITE, Giselle Batista (Orgs). **Ensaio de intervenção penal e garantismo:** estudos em homenagem ao Professor Doutor Guilherme José Ferreira da Silva. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

PARÁ. Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social. **Plano Estadual de Segurança Pública e Defesa Social 2022-2031.** Conselho Estadual de Segurança Pública, Belém, PA, 2022. Disponível em chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/<https://sistemas.segup.pa.gov.br/transparencia/publica/Plano%20Estadual.pdf>. Acesso em 20 maio 2023.

PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. PASSETTI, Edson. SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Conversações abolicionistas:** uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” *Made in Brazil*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Ano 17, n 26. Belo Horizonte, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre Garantismo:** Limites e resistência ao poder de punir. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; SALES, José Edvaldo Pereira. Processo Penal Autoritário versus Processo Penal Garantista: Dois antípodas, uma escolha. In: CRUZ, Rogério Schietti;

BADARO, Gustavo Henrique; DEZEM, Guilherme Madeira (coord). **Código de Processo Penal**: Estudos Comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Garantismo penal, Ferrajoli por Ferrajoli**. CONJUR, 2020. Disponível em: <https://Ferrajoli.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-Ferrajoli-Ferrajoli>. Acesso em 10 jul. 2021.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. CONJUR, [S. 1.], 2020. Disponível em <https://Ferrajoli.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-Ferrajoli-Ferrajoli/>. Acesso em 20 set. 2023.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. O garantismo é cringe? Indiciu. **Boletim da Associação dos Delegados de Polícia do Estado da Bahia**. Ano 1, n 1, 2021.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para Além do Garantismo**: Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PODER Executivo. PL 882/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>

PRESÍDIO onde 57 morreram no Pará está superlotado e em condições ‘péssimas’, aponta CNJ. **G1**, [s. 1.], 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/presidio-onde-52-morreram-no-para-esta-superlotado-e-em-condicoes-pessimas-aponta-cnj.ghtml>. Acesso em 16 fev. 2023.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico**. 2 ed. Rio Grande do Sul: Universidade Feevale, 2013.

QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: Algumas observações críticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 27. 1999.

REGATEIRO, Hugo Alexandre Santos. **Avaliação da criminalidade em Belém e no Estado do Pará**. Orientador: Edson Marcos Leal Soares Ramos. 2021. 296 pags. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública. Mestrado em Segurança Pública. UFPA. 2021. Disponível em chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/[https://Ferrajoli.ppgsp.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses\\_e\\_dissertacoes/dissertacoes/2019/201913%20-%20REGATEIRO.pdf](https://Ferrajoli.ppgsp.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses_e_dissertacoes/dissertacoes/2019/201913%20-%20REGATEIRO.pdf). Aceso em 10 de abril de 2023.

ROCHA, José. ARO, Marcelo. COSTA, Wladimir. PL 10372/2018. Disponível em RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Editora Guanabara: Bahia, 1894. Disponível em <http://Ferrajoli.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000060.pdf>. Acesso em 30 out 2023.

ROSA, Pablo Ornelas; RIBEIRO JUNIOR, Humberto; CAMPOS, Carmen Hein de; SOUZA, Aknaton Toczec. **Sociologia da violência, do crime e da punição**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SALES, José Edvaldo Pereira. **Autoritarismo e garantismo: tensões na tradição brasileira**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. A conformação ideológica dos movimentos de reforma processual penal no Brasil. In: LEMOS, Bruno Espiñeira. GONÇALVES, Carlos Eduardo. QUINTIERE, Victor Minervino (Orgs). **Comentários Críticos às principais propostas de reformas penais brasileiras**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Anatomia de uma Criminologia Crítica. In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: 2011.

SEAP em números. Disponível em <https://Ferrajoli.seap.pa.gov.br/content/seap-em-n%C3%BAmeros-0>. Acesso em 02 de abril de 2023.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Cortez Editora, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Prisões do Futuro? Prisões no Futuro. In: PASSETTI, Edson; BAPTISTA, Roberto. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

SILVA, Camila Rodrigues da; CAESA, Gabriela; GRANDIN, Felipe; REIS, Thiago. Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo. *Monitor da Violência*. **G1**. [s. l.], 2021. Disponível em <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>. Acesso em 20 dez. 2021.

SIMONATO, Sabina. Juíza não vê tortura no caso do homem amarrado por PMs durante abordagem, na Zona Sul de SP, e decreta a prisão preventiva. **G1**, São Paulo, 2023. Disponível em <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/06/08/justica-decreta-prisao-preventiva-de-homem-que-foi-amarrado-por-pms-durante-abordagem-na-zona-sul-de-sp.ghtml>. Acesso em 15 jun. 2023.

SOUZA, Jessé. **Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro**. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

STF tem cinco votos para afastar criminalização o porte de maconha para consumo próprio. STF. 2023. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512815&ori=1>. Acesso em 02 de janeiro de 2024.

STF: Condução coercitiva para interrogatório é inconstitucional. Migalhas, 2018. Disponível em <https://Ferrajoli.migalhas.com.br/quentes/281835/stf--conducao-coercitiva-para-interrogatorio-e-inconstitucional>. Acesso em 10 jan. 2023.

TAGLE, Fernando Tenório. A experiência punitiva na condição pós-moderna. In: ABRAMOVAY, Pedro Viera; BATISTA, Vera Malaguti Batista. **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

TAVARES, Juarez. **Crime**: crença e realidade. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de execução penal e o estado de coisas inconstitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VANZOLINI, Patricia. **Teoria da pena**: sacrifício, vingança e direito penal. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

VIANA, M. T.; CAMPOS, M. da S.; PEREIRA, P. J. dos R.; RODRIGUES, T. **Entrevista com Eugenio Raúl Zaffaroni**. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, [S. l.], v. 9, n. 17, p. 15–21, 2020. DOI: 10.30612/rmufgd.v9i17.12882. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/moncoes/article/view/12882>. Acesso em 6 fev. 2022.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume. **Teoria Geral do Direito Penal**: 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.